

GİRİŞ

I. KONU VE KONUYU İFADE ETMEK İÇİN KULLANILAN TERİMLER

Çalışmamızın konusunu, “anayasa normlarının geçerliliği sorunu” oluşturmaktadır. Biz bu sorunu ifade etmek için “geçerlilik” terimini tercih ediyoruz. Ancak, aynı sorunu ifade etmek için, “geçerlilik” terimi yerine “hukukî değer”, “bağlayıcılık” ve “hukukîlik” terimleri de kullanılabilir.

Hukukî Değer.- “Değer (*valeur*)” terimi değişik anlamlara sahiptir¹. Bir anayasa normunun, sadece hukukî değil; aynı zamanda ahlâkî, dinî, siyâsî, sosyolojik, psikolojik, ekonomik değeri de olabilir. Ancak biz çalışmamızda, anayasa normlarının sadece hukukî değeri sorunuyla ilgileniyoruz. Aşağıda göreceğimiz gibi, aksiyolojik geçerlilik anlayışı bir yana bırakılırsa, “hukukî değer (*valeur juridique*)”, “hukukî geçerlilik” terimi ile aynı anlama gelir. Hukukî geçerliliğe sahip bir anayasa normu, aynı zamanda “hukukî değer”e de sahiptir. “Hukukî değer” terimindeki “değer” kelimesinin belirsizliği ve değişik anlamlara gelebilme ihtimali nedeniyle biz bu çalışmanın konusunu ifade etmek için “hukukî değer” terimini tercih etmiyoruz.

Bağlayıcılık.- Bu çalışmanın konusu olan sorun, “bağlayıcılık (*obligatorietà, force obligatoire*)”² terimiyle de dile getirilebilir: “A-

-
1. Genelde “değer” ve özelde “hukukî değer” kavramlarının değişik anlamları için bkz.: José Manuel Delgado Ocando, “Valeur”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 1993, s.633-635.
 2. Fransızca, “*obligatorietà* (bağlayıcılık)” kelimesi yeni uydurulmuş bir kelimedir. Bu kelimeyi sevmeyenler onun yerine “*force obligatoire* (bağlayıcı güç)” tabirini kullanmaktadırlar. Örneğin, Michel Virally, “*force obligatoire*” kelimesinin “*obligatorietà*” kelimesinden “daha az barbar” olduğunu yazmaktadır (Michel Virally, “Notes sur la validité du droit et son fondement”, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Editions Cujas, 1975, s.455).

nayasa normları bağlayıcı mıdır”? “Bağlayıcılık” terimi “bağlayıcı” sıfatından türemiştir. “Bağlayıcı” sıfatı ise, TDK *Türkçe Sözlük* tarafından “uyulması zorunlu” olarak tanımlanmaktadır³. “Bağlayıcılık”ın Fransızca karşılığı olan *obligatorité*, Cornu sözlüğü tarafından “bağlayıcı olma niteliği” olarak tanımlanmaktadır⁴. Ve “bağlayıcı (*obligatoire*)” sıfatı ise aynı sözlük tarafından “hukuken bağlayan (zorlayan)” olarak tanımlanmaktadır⁵. Örneğin Cornu sözlüğü belirtmektedir ki, bu terim, “hukuk süjelerinin bir hükme tâbi oldukları durumda... veya onlara belirli bir pozitif davranış empoze edildiğinde” kullanılmaktadır⁶. Buna göre, anayasa hukukunda bağlayıcılık, anayasa normlarının muhataplarını bağlayıp bağlamadığını, yani muhatapların bu normlara tabi olup olmadığı anlamına gelir.

Hukukîlik.- Eğer “bağlayıcılık” bu şekilde tanımlanırsa, anayasa normlarının bağlayıcılığı sorunu, bu normların *hukuk* normları olup olmadığı sorununa dönüşür. Zira, H.L.A. Hart’ın belirttiği gibi, “her yerde ve her zaman, *hukukun* en önemli ayırıcı özelliği, onun mevcudiyetinin belirli tip beşerî davranışların artık ihtiyarî olmadığı..., ama *zorunlu (obligatoire)* olduğu anlamına gelmesidir”⁷. Ayrıca Cornu sözlüğünde verilen tanımın da belirttiği gibi, bağlayıcılık (*obligatorité*), “hukuk kuralında mündemiç bağlama (zorlama) (*obliger*) gücü”dür⁸. Bu anlamda, “her hukuk kuralı, her kanun, her teamül, bir bağlayıcı güce sahiptir”⁹. Bu şu demektir: Eğer bir *hukuk* normu varsa, bu norm kaçınılmaz olarak *bağlayıcıdır*. O halde, biz bir normun bağlayıcılığını, onun *hukuk kuralı olma niteliği* olarak tanımlayabiliriz. Bu “hukuk kuralı olma niteliği”ne “hukukîlik (*juridicité*)” ismi verilmektedir.

4. Gérard Cornu (sous la direction de-) *Vocabulaire juridique*, Paris, Association Henri Capitant, P.U.F., 3e édition, 1992, s.550 (“*Obligatorité* maddesi).

5. Cornu, *op. cit.*, s.550 (“*Obligatoire*” maddesi). Diğer yandan, *Petit Robert* “*obligatoire* (bağlayıcı)” kelimesini “bağlama gücü olan” ve “*obliger* (bağlamak, zorlamak)” fiilini ise “hukukî nitelikte bir yükümlülüğe tâbi kılmak” olarak tanımlamaktadır.

6. Cornu, *op. cit.*, s.550.

7. H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s.19.

8. Cornu, *op. cit.*, s.550.

9. *Ibid.*, s.549.

Bu tanıma göre ise, biz “bağlayıcılık” ile “hukukîlik” arasında bir eşitlik kurmuş oluyoruz. Bu durumda ise, bir normun hukukîliğinin o normun bağlayıcılığının gerekli ve yeter şartı olduğunu söyleyebiliriz. Dolayısıyla, bir normun hukukîliğini ihdas etmek, onun bağlayıcılığını ihdas etmek anlamına gelmektedir. O halde bir normun hukukîliği gösterilirse, onun bağlayıcı nitelikte olup olmadığını tartışmak anlamsız hale gelmektedir; zira, bu norm hipotez gereği bağlayıcı nitelikte olacaktır. Özetle, bir normun bağlayıcılığını ispatlamak için, onun hukukî nitelikte olduğunu, yani hukukîliğini göstermek yeterlidir. Bu durumda ise, hukukîlik kavramı kullanılırsa, ayrıca bir bağlayıcılık kavramının kullanılmasına gerek yoktur.

Geçerlilik.- Hukukîliği, “hukuk kuralı olma niteliği” olarak tanımlanmış bulunuyoruz. Ama yukarıda kullandığımız anlamda, “hukukîlik”, “geçerlilik (*validité*)”¹⁰ kavramıyla aynı anlama gelmektedir. Diğer bir ifadeyle, geçerlilik, hukuk normlarının yaratılması usûlünün sıhhatine ilişkin bir referanstır¹¹. Yani, bir norm usûlüne uygun olarak konulmuşsa geçerlidir. Bu şu anlama gelmektedir ki, Alexander Peczenik’in belirttiği gibi, “geçerli hukuk (*valid law*)” ve “hukuk (*law*)” terimlerinin her ikisi de aynı şey demektir. Hukukun ayırıcı özelliği, “geçerlilik”tir. “Geçerli olmayan hukuk”tan bahsetmek anlamsız bir şeydir. “Hukuk” terimi, “geçerli hukuk” teriminin kısaltılmış şeklidir¹². Keza aynı anlamda, Michel Virally, “geçerli” sıfatı eklenmeksizin doğrudan hukuk normlarından bahsetmenin yeterli olacağını” belirtmektedir¹³. O halde, bu durumda, ya “hukukîlik” ya da “geçerlilik” kelimesi gereksizdir. Bunlardan birini seçmek gerekir.

Biz “hukukîlik” yerine “geçerlilik” kavramını kullanmayı tercih ediyoruz. İleride görüleceği gibi¹⁴, biz, “hukukîlik” terimini, bir hukuk kuralını diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak

10. “Hukukîlik” ile “geçerlilik” kavramları arasındaki ilişki için bkz.: Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève, Librairie Droz, 1979, s.95-96.

11. *Ibid.*

12. Alexander Peczenik, “The Concept ‘Valid Law’”, *Scandinavian Studies in Law*, 1972, Vol.16, s.214.

13. Virally, “Notes sur la validité du droit et son fondement”, *op. cit.*, s.458.

14. Bkz. *infra*, Birinci Bölüm, “III. Hukukîlik” başlığı.

tanımlamaktayız¹⁵. Diğer bir ifadeyle, bir normun hukukîliği sorunu, “hukukî” olan ile “sosyal” olan arasında sınır problemine işaret eder¹⁶. Kısacası biz bu çalışmada hukukîliği, bir işlemin hukuk normu olarak var olma niteliği olarak değil, ama “sosyal” ile “hukuk” arasındaki ayırım çizgisi olarak kullanıyoruz. Yani, biz bir *hukuk* normundan bahsettiğimiz zaman, bununla burada, sosyal, ahlâkî, dinî bir norm değil, ama “hukukî” nitelikte bir normun bulunduğunu anlatmak istiyoruz. Buna karşılık, bir *geçerli* hukuk normundan veya bir hukuk normunun *geçerliliğinden* bahsettiğimiz zaman, bununla biz, sonuçlarını doğurmak için gerekli nitelikleri taşıyan bir hukuk normunun mevcut olduğunu anlatmak istiyoruz¹⁷.

“Hukuk kuralı olma” anlamında “hukukîlik” ile “geçerlilik” aynı anlama geldiğine ve bu anlamda “hukukîlik” ile “bağlayıcılık” arasında bir eşitlik olduğuna göre, “geçerlilik” ile “bağlayıcılık” arasında da bir eşitlik kurulabilir. Yani, “bu norm geçerlidir” demek, bu “norm bağlayıcıdır” demek anlamına gelir.

Hans Kelsen de aynı eşitliğin varlığına işaret etmektedir. Gerçekten de, Kelsen’de bir normun “varlığı (*existence*)”, “geçerliliği (*validité*)” ve “bağlayıcılığı (*obligatorieté*)” arasında bir eşitlik vardır¹⁸. İzleyen bölümlerde açıklanacağı üzere¹⁹, Kelsen’e göre, bir yandan, bir hukuk normunun geçerliliği onun bağlayıcılığını sonucunu doğurur; diğer yandan ise geçerlilik, normun bir özelliği değil, onun “özgül varlığı (*existence spécifique*)”, yani onun bir hukuk düzeni içindeki varlığıdır. Diğer bir ifadeyle, eğer bir norm, belirli bir hukuk düzeninde *var* ise, bu norm *geçerlidir* ve *bağlayıcıdır* da²⁰.

15. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, s.175.

16. Perrin, *op. cit.*, s.77-78.

17. François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, s.264.

18. Kelsen’in “varlık=geçerlilik=bağlayıcılık” eşitliği için bkz.: Franco Modugno, “Validità”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, s.6.

19. Bkz. *infra*, İkinci Bölüm, III.

20. Riccardo Guastini aynı şeye işaret ediyor. Ona göre, *Théorie pure du droit*’da “‘geçerlilik’ bağlayıcı güç, zorlayıcı güç anlamına gelir. Bir normun var olduğunu söylemek, bu normun bağlayıcı olduğunu ve ona itaat edilmesi gerektiğini söylemek anlamına gelir. Bağlayıcı olmayan bir norm, mevcut olmayan bir normdur; dolayısıyla hiçbir şekilde bir norm değildir. Diğer bir ifadeyle,

Zira, Kelsen'e göre, "insan davranışlarına ilişkin bir normun geçerli (*valable, gilt*), olduğunu söylemek, onun bağlayıcı (*obligatoire, verbindlich*) olduğunu ve bireylerin bu normun öngördüğü şekilde davranması gerektiğini söylemek demektir"²¹. Kelsen, *Théorie pure du droit*'da varlık, geçerlilik ve bağlayıcılık kavramlarını aynı anlamda kullanır. Ona göre, bir normun *geçerliliği*, yani bir hukuk düzeni içindeki *varlığı*, onun *bağlayıcılığından* başka bir şey değildir. Örneğin Kelsen, "geçerli bir norm, yani muhatabı için *bağlayıcı* bir norm"²²; veya "anayasanın *geçerliliği*", yani "onun *bağlayıcı norm olma özelliği*"²³nden bahsetmektedir. Veya Kelsen aynı şekilde "muhatabını *bağlayan geçerli* norm"²⁴; "objektif olarak *bağlayıcı* bir norm olarak *geçerli* olan norm"²⁵ veya "*geçerli* olan, *yürürlükte* olan, muhatabını *bağlayan* bir norm"²⁶dan söz etmektedir. Kelsen bu konuda şöyle diyor: "Geçerlilikten, cebrî düzenin²⁷ bağlayıcı niteliğini kastediyoruz. Bu kelime, bireylerin, kendi davranışlarını düzenleyen hukuk normlarına uymaları ve onları uygulamaları gerektiği fikrini ifade eder"²⁸. Sonuç olarak, Kelsen'e göre, *bağlayıcılık, geçerli* hukuk normunun temel özelliğidir²⁹.

bağlayıcılık niteliği bizatihi normun kurucu unsurudur. Bu nitelik 'norm' tanımında mündemiçtir" (Riccardo Gustini, "Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique", in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. "Léviathan", 1992, s.257). Böylece, *Théorie pure du droit*'da bir normun geçerliliğinin onun varlığından kaynaklandığı sonucuna varabiliriz (*Ibid.*, s.258).

21. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.255.

22. *Ibid.*, s.257. İtalikler bize ait.

23. *Ibid.*, s.265. İtalikler bize ait.

24. *Ibid.*, s.11. İtalikler bize ait.

25. *Ibid.*, s.12. İtalikler bize ait.

26. *Ibid.*, s.11. İtalikler bize ait.

27. Kelsen, "cebrî düzen" ile "hukuk düzeni"ni kastetmektedir.

28. Hans Kelsen, "Quel est le fondement de la validité du droit ?", *Revue internationale de criminologie et de police technique*, juillet - septembre 1956, s.161. "Gerçekten de, bağlayıcılık, pozitif hukuk kavramının temel unsurudur" (*Ibid.*, s.162).

29. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, Ed.XXX, s.21'den alıntılanan parça, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles, Paris, E.Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.78.

O halde, genelde bir hukuk normunun ve özelde de bir anayasa normunun “geçerliliği” ile “bağlayıcılığı” arasında bir eşitlik vardır³⁰. Yani “bu anayasa normu geçerlidir” demek, “bu anayasa normu bağlayıcıdır” demekten başka bir şey değildir. Dolayısıyla, anayasa normlarının bağlayıcılığı sorunu çözmek için, onların geçerliliğini göstermek gerekir.

Sonuç olarak, bir anayasa normunun bağlayıcı olması için geçerli olması gerekir. Bu durumda ise, *anayasa normlarının geçerliliğinin koşullarını* incelememiz gerekir. Diğer bir ifadeyle, bu çalışmada incelenecek olan sorun, geçerli olmak için bir anayasa normunun yerine getirmesi gereken şartların neler olduğu sorunudur.

Terminoloji.- Çalışmamızda, “geçerlilik” terimi, Fransızca *validité*, İngilizce *validity* karşılığında kullanılmıştır³¹. *Petit Robert*, *validité* kelimesini “geçerli olma özelliği” ve *valid* (geçerli) kelimesini ise “sonucunu doğurmak için gerekli niteliklere sahip olan” şeklinde tanımlamaktadır. *Webster* ise, *validity* kelimesini, “hukukta geçerli (*valid*) olma niteliği”, *valid* (geçerli) kelimesini ise “hukuken bağlayan” olarak tanımlamaktadır.

Validité kelimesini Tahsin Saraç, “geçerlik” olarak Türkçeye çevirmektedir³². “Geçerlik” kelimesi “geçer” sıfatından türetilmiştir. Biz “geçerlilik” kelimesini tercih etmekteyiz; zira bu kelime “geçer-

30. Buna karşılık, Alf Ross aynı görüşte değildir. Riccardo Guastini’nin belirttiği gibi, Ross’a göre, “hukuku tasvir etmek ona bağlayıcılık atfetmekten tamamen farklı bir şeydir. Bir normun bağlayıcı olduğunu söylemek, bu normu tasvir etmek değil, ama tasvip etmek demektir. Bir normun sözde bağlayıcılığı, onun varlığından çok farklı bir şeydir. Var olan hukuk, onun kabulünden veya reddinden bağımsız olarak, tamamıyla ampirik bir şekilde tasvir edilebilir ve edilmelidir (Guastini, “Alf Ross...”, *op. cit.*, s.258). “Geçerlilik=bağlayıcılık” eşitliğinin reddi için keza bkz.: Virally, “Notes sur la validité...”, *op. cit.*, s.455: “Bağlayıcılık, gerçekte, hukukun muhatapları karşısında sahip olduğu özgül otoriteye işaret eder... Geçerlilik, hukukun bu özgül otoritesiyle karışmaz; tersine, onun şartıdır veya en azından, onun mührüdür. Bu şu anlamdadır ki, sadece geçerli hukuk, böyle bir otoriteye sahip olabilir”. Keza bkz.: Marc Vanquickenborne, “Quelques réflexions sur la notion de validité”, *Archives de philosophie du droit*, 1968, s.189: “Bir normun geçerliliği ve onun zorlayıcı gücü iki değişik şeydir”.

31. Almanca “geltung”.

32. Tahsin Saraç, *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*, İstanbul, Adam Yayınları, Üçüncü Baskı, 1990, “validité” maddesi.

li” sıfatından türetilmiştir ve bu sıfat “geçer”e göre daha yaygındır³³. Zeki Hafizoğulları da İtalyanca *validità* terimi yerine, Türkçe’de “geçerlilik” terimini kullanmaktadır³⁴.

Klasik Türk hukuk literatüründe, hukuk normlarının geçerliliği sorunuyla bu anlamda ilgilenilmediğinden, bu konuda bir terim üretilmemiştir. Muvaffak Akbay, kitabının Kelsen’i incelediği bölümünde, Fransızca *validité* kelimesini Türkçeye “mer’iyet” olarak çevirmiştir³⁵. Mer’iyet Fransızca *vigueur (êrte en vigueur)*’ün karşılığıdır. Kanımızca klasik literatürde *validité* terimini Türkçeye en doğru şekilde çeviren Ö. İlhan Akipek’tir. Yazar bu kavramı “muteberlik” olarak çevirmektedir³⁶.

Türk özel hukuk literatüründe “muteberiyet”, “geçerlilik” anlamında kullanılan bir terimdir. Örneğin Borçlar Kanununun 19’uncu maddesinin 2’nci fıkrası, mukavelelerin muteberliğinden bahsetmektedir. Diğer yandan, Borçlar Kanununun 20’nci maddesi ise “geçersizlik” için “butlan”, “geçersiz” için “batıl” kelimelerini kullanmaktadır. Bazen özel hukukta geçersizlik yerine “hükümsüzlük” dendiği de görülür.

II. YAKLAŞIM BİÇİMLERİ³⁷

Hemen belirtelim ki, anayasa normlarının geçerliliği sorununa, *tarihî, felsefî, sosyolojik* ve *hukukî* açılardan yaklaşılabilir. Bu yaklaşım biçimlerinden her biri, anayasa normlarının önemli bir yanına ışık tutar. Bu yaklaşım biçimleri, birer yaklaşım tarzı olmaları itibarıyla, aynı değere sahiptirler ve bunların arasında bir çatışma değil, birbirlerini tamamlama ilişkisi söz konusudur.

33. “Geçer” sıfatı örneğin “geçer akçe”de kullanılmaktadır.

34. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s.35.

35. Muvaffak Akbay, *Umumî Amme Hukuku Dersleri*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İkinci Baskı, 1961, s.373.

36. Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku (Birinci Kitap: Başlangıç)*, Ankara, Başnur Matbaası, İkinci Bası, 1965, s.51.

37. Anayasa hukukunda yaklaşım biçimleri konusunda bkz. Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, s.157-162.

Çalışmamızda, tarihî, felsefî ve sosyolojik yaklaşım biçimleri değil, hukukî yaklaşım biçimi benimsenmiştir. Hukukî yaklaşım da iki değişik açıdan oluşmaktadır.

Bir kere, incelenmesi istenilen konu, belirli bir ülkenin pozitif hukuk kuralları çerçevesinde ele alınabilir. Bu konuyu düzenleyen hukuk kurallarının anlam ve içeriği ile ilgili sistematik açıklamalar getirilebilir. *İkinci olarak*, aynı konu belirli bir ülkenin pozitif hukuk kurallarından ve bunların uygulanmasına ilişkin sorunlardan bağımsız olarak, genel bir düzeyde ele alınabilir.

Bu yaklaşım olanaklarından *birincisi*, idare hukuku, ceza hukuku, medenî hukuk, ticaret hukuku gibi hukukun özel disiplinlerini, daha teknik bir terimle *hukuk dogmatikini*; ikincisi ise, *hukukun genel teorisini* oluşturur. Hukukun genel teorisi, hukukun içeriğini değil, hukukun normatif yapısını, formel yapısını inceler. Hukuk dogmatikî belirli bir hukuk düzenini incelerken, hukukun genel teorisi, bütün hukuk düzenleri için geçerli, genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamalarda bulunur.

Anayasa normları da hem *dogmatik*, hem de *genel teori* açısından incelenebilir. Bir kere, belirli bir ülkede belirli bir tarihte yürürlükte olan anayasa hükümlerinin içerikleri incelenebilir. Bu takdirde *anayasa hukuku dogmatikî* çalışması yapılmış olur. İkinci olarak, anayasa normları, belirli bir ülkede, belirli bir tarihte yürürlükte olan somut bir anayasaya referans yapmaksızın, bağımsız olarak, genel, soyut düzeyde ele alınabilir. Bu durumda *anayasa hukukunun genel teorisi* çalışması yapılmış olur. Anayasa hukuku dogmatikî, belirli bir anayasa düzeninin normlarını incelerken; anayasa hukukunun genel teorisi, bütün anayasa düzenlerinin normları için geçerli, genel, soyut ve evrensel düzeyde açıklamalarda bulunur.

Özetle, bizim anayasa normlarının geçerliliği sorunu başlıklı bu çalışmamız, bir “anayasa hukukunun genel teorisi” çalışmasıdır. Anayasa hukukunun genel teorisi ise, yukarıdan da anlaşılacağı üzere, “hukukun genel teorisi”nin anayasa hukuku alanına uygulanmasından ibarettir. O halde, anayasa normlarının geçerliliği sorununa geçmeden önce, hukukun genel teorisini biraz görmekte yarar vardır.

III. HUKUKUN GENEL TEORİSİ³⁸

Terminoloji.- “Hukukun genel teorisi” teriminin kökeni XIX’uncu yüzyıl Alman hukuk literatüründe kullanılan *Allgemeine Rechtslehre*’dir. Almanya’da bunun yerine 20’nci yüzyılda *Allgemeine Rechtstheorie* denmeye başlanmıştır. Bu terimin karşılığı olarak İngilizce *general theory of law*, Fransızca *théorie générale du droit*, İtalyanca *teoria generale del diritto*, İspanyolca *teoria general del derecho* terimleri kullanılmaktadır³⁹. Biz de bu terimin karşılığı olarak Türkçe’de “hukukun genel teorisi” terimini kullandık.

Şunu da belirtmek gerekir ki, 1950’lerden sonra, bazı yazarlar, “hukukun genel teorisi” terimi yerine, kısaca “hukuk teorisi” terimini kullanmaya başlamışlardır. Her ne kadar bu sonuncu terim belirli bir ölçüde yaygınlık kazanmışsa da, “hukukun genel teorisi” terimi kullanımdan düşmemiştir. Bu terime, 1940 ve 1950’li yıllarda olduğu gibi 1960, 1970 ve 1980’li yıllarda da rastlanmaktadır⁴⁰. Biz de burada, “hukukun genel teorisi” terimini kullanmayı uygun gördük.

Hukukun Genel Teorisinin Tarihî Gelişimi.- Hukukun genel teorisinin ortaya çıkışını hazırlayıcı koşullardan ilki XIX’uncu yüzyılda pozitif bilimlerin elde ettiği başarıdır. Bu başarının etkisiyle hukuku da pozitif bir bilim yapma isteği doğmuştur. Artık belirli hukuk normlarının içeriklerinin tasviriyle yetinilmemesi, çeşitli hukuk sistemlerinin ortak unsurlarının ele alınması ve hukukun jusnatüralist tipte metafizik mülâhazalardan arındırılması gerektiği ve bu şekilde hukukun bir pozitif bilim konusu haline gelebileceği

38. Bu başlık *Hukukun Genel Teorisine Giriş* isimli çalışmamızdan (*op. cit.*, s.3-15) alınmıştır.

39. Çeşitli dillerde kullanılan terimler konusunda bkz.: Marc Van Hoecke, “Théorie générale du droit”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./ Story-Scienta, Deuxième édition, 1993, s.416.

40. Örneğin, Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946; J. Haesert, *Théorie générale du droit*, Bruxelles, 1948; Paul Roubier, *Théorie générale du droit*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, Deuxième édition, 1951; Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, 1953; Claude Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit*, Neuchatel, Paris, 1967; S. Strömholm, *Allgemeine Rechtslehre*, Göttingen, 1976; L. Raucant, *Cours d’introduction à la théorie générale du droit*, Bruxelles, 1980; Jean-Louis Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1989.

fikri ortaya çıktı. Böylece XIX’uncu yüzyılın sonuna doğru bağımsız bir bilim dalı olarak “hukukun genel teorisi” ortaya çıkıyordu⁴¹.

Hukukun genel teorisinin gelişimi, “Viyana Çevresi (*Wiener Kreiss, cercle de Vienne*)” olarak bilinen akımdan etkilenmiştir. 1920’lerden itibaren bu çevre, matematikçi Hans Hahn, sosyolog Otto Neurath, fizikçi Philipp Frank, felsefeci Moritz Schlick ve Rudolf Carnap etrafında oluşmuştur. Daha sonra bu çevreye, Herbert Feige, Hans Reichenbach ve Bertrand Russell gibi isimlerde katılmıştır. Nazi tehlikesi karşısında bu çevre, 1938’e doğru kendisini feshedip dağılmıştır. Üyelerinin bir kısmı Amerika Birleşik Devletleri’ne, bir kısmı da İngiltere’ye yerleşmiştir. Viyana Çevresi, “mantıkçı pozitivism (*logical positivism*)”⁴² denilebilecek bir akımı savunmuştur. Mantıkçı pozitivism’e göre, bir disiplinin bilim olması için önermelerinin mantıktaki doğruluk değeri “doğru” olmalıdır. Doğruluk değeri, dış dünyayla uyum, yani ampirik tutarlılık ile belirlenir. “Doğru” ya da “yanlış” olmayan önermelerin anlamı yoktur. Metafizik cümleler ve tezler, ne biçimsel olarak, ne de ampirik olarak ispat edilebilirler. Onlar boş ve anlamsızdır. Viyana Çevresinin amacı, tüm bilimler için bir mantık *syntax*’ı, bir biçimsel dil, bir birleştirilmiş bilim dili hazırlamaktır⁴³.

1940’lara kadar, hukukun genel teorisi, özellikle Alman kültür ortamında, Hans Kelsen’in eserlerinin katkısıyla önemli ölçüde gelişmiştir. Bu arada, Léon Duguit, Hans Kelsen ve François Wery tarafından 1926’dan 1938’e kadar çıkarılan *Revue internationale de la théorie du droit*’nin etkisini anmak gerekir⁴⁴. Ne var ki 1940’larda İkinci Dünya Savaşı’nın etkisiyle hukukun genel teorisi çalışmalarında önemli bir duraklama görülmüş, savaş sonrasında 1950’li yıllarda da, bu savaşın doğurduğu anti-pozitivist tepki nedeniyle, bu duraklama devam etmiştir. 1960’lı yıllarda hukukun genel teorisinde tekrar

41. Bergel, *op. cit.*, s.3.

42. W. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, s.224.

43. Viyana Çevresi için bkz. Valentin Petev, “Hans Kelsen et le Cercle de Vienne: à quelle point la théorie du droit est-elle scientifique?”, in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1992, s.237-238.

44. Vittoria Frosini, “Teoria generale del diritto”, *Novissimo digesto italiano*, Torino, VTET, 1975, vol. XIX, s.5.

bir canlanma görülmüş, hukukun genel teorisi kendisine daha geniş amaçlar belirlemiştir⁴⁵.

Hukukun Genel Teorisinin Tanımı.- Hukukun genel teorisi, umumiyetle, değişik hukuk sistemlerinde görülen ortak problemleri dış bir bakış açısından inceleyen, objektif ve a-normatif olmak isteyen hukukun pozitif bir bilimi olarak tanımlanır⁴⁶.

Hukukun Genel Teorisinin İnceleme Konuları.- Hukukun genel teorisinin inceleme sahası genellikle üç kısma ayrılır:

- a) Hukuk Analizi: Hukuk, hukuk normu, hukuk sistemi, hukukî işlevler (yargıç, yasa koyucu), hukukun kaynakları.
- b) Hukuk Metodolojisi: Yasama ve hukukun uygulanması (yorum, boşluklar, çatışmalar, akıl yürütme).
- c) Bilim teorisi ve hukuk dogmatığının metodolojisi⁴⁷.

Hukukun Genel Teorisinin Genelliği.- Hukukun genel teorisi, adı üstünde “genel”dir. Üstelik bu genellik çiftedir⁴⁸. Bir kere hukukun genel teorisi belirli bir hukuk düzenini (Türk, Fransız, İngiliz vs.) değil, genel olarak hukuku ele alır. İkinci olarak, belirli bir hukuk dalı için değil, bütün hukuk dalları için geçerli olan kavram, kurum, yapı ve ilkeleri inceler.

45. Marc Van Hoecke, “Théorie générale du droit”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./ Story-Scienta, 1988, s.417.

46. Van Hoecke, *Ibid.*, s.417. Cf. Bergel, *op. cit.*, s.3: “(Hukukun genel teorisi), hukukun yapısının ve uygulanmasının temel eksenlerini belirlemeyi amaçlayan değişik hukuk sistemlerinin gözlemi ve açıklanması üzerine kurulu olan metodik fikrî bir yapıdır”. “Hukukun genel teorisi, çeşitli hukuk sistemlerinin değişik ilkelerini ve temel unsurlarını aydınlatmalıdır”. H.A. Schwarz-Riebenmann Von Wahlendorf, *Éléments d’une introduction à la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1976, s.13: “Hukukun genel teorisi, hukukun araçlarını tespit etmek için hukukî kurumların altında yatan genel ilkeleri kavramsalca, analitik ve karşılaştırmalı bir bakış açısından tanımlamak için hukuk kavramları üzerine genel bir bakış açısından bakar. Bunda, esasen ‘tasviri’ bir düzeyde pozitif düzenlerin ortak unsurlarından hareketle hukukun bünyesini ortaya çıkarmak sözkonusudur”. Pierre Pescatore, *Introduction à la science du droit*, Luxembourg, Office des imprimés de l’Etat, 1960, s.73: “Hukukun genel teorisi, hukuk düzeninin temel kavramlarını ve bu düzeni bir bütün olarak düzenleyen temel ilkeleri inceler”.

47. Van Hoecke, *Ibid.*, s.417.

48. Bergel, *op. cit.*, s.4.

Hukukun Genel Teorisinin Amaçları.- Hukukun genel teorisinin amaçları teorik ve pratik olmak üzere iki derecedir. Bir yandan, bir bütün olarak veya parça parça hukuk olgusunu açıklayarak ve bu olgunun karmaşıklığını bütüncü ve sentetik bir yaklaşım aracılığıyla daha basite indirgeyerek teorik ihtiyaçlara cevap verir. Diğer yandan ise, hukuk pratiği ve tekniğinin metodolojisini, yani yorum metodolojisini, yasama tekniğini ve hukuk dogmatikinde geliştirilen ve kullanılan hukukî yapıları ve kavramları iyileştirmeye çalışarak pratik ihtiyaçlara cevap verir⁴⁹.

Hukukun Genel Teorisi - Hukuk Felsefesi Ayrımı.- Hukukun genel teorisi konusunu açıklayan ve tasvir eden pozitif bir bilimdir. Değerler arasında tercih yapmaz. Buna karşın, hukuk felsefesi, ahlâkî ve ideolojik bir tavır takınarak en iyi hukuk olarak kabul ettiği şeye göre hukuk olgusunun normatif bir analizini yapar⁵⁰.

Hukuk felsefesi değerler âleminde faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü değerlendirmedir. Hukukun genel teorisi ise kavramlar alanında faaliyet gösterir ve faaliyetinin ürünü ise teorik önermelerdir⁵¹.

J.-L. Bergel'in belirttiği gibi, hukukun genel teorisi, hukuku metafizik olarak algılayan hukuk felsefesinden net olarak ayırır. Hukukun genel teorisi hukuk sistemlerinin gözleminden, bu sistemlerin daimî unsurlarının araştırılmasından hareketle bu sistemlerin temel yapılarını, tekniklerini ve kavramlarına ulaşmaya çalışır. Hukuk felsefesi ise, hukuktan ziyade felsefedir. Hukukun metafizik anlamını keşfetmek, özüne ulaşmak, onun izlemesi gereken değerleri bulmak için onun teknik cihazından arındırılması gerektiğini savunur. Şüphesiz tarih boyunca büyük filozoflar hukuk ile ilgilenmişlerdir. Ama onlar hukukun ne *olduğundan* ziyade, ne *olması gerektiği* ile meşgul olmuşlardır. Hukukun genel teorisi ise, hukukun ne *olması gerektiği*-ni değil, ne *olduğunu* inceler⁵².

49. Van Hoecke, *Ibid.*, s.417.

50. *Ibid.*, s.418.

51. Zeki Hafızoğulları, "Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu ve Sınırları Sorunu", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt XXXV, 1978, sayı 1-4, s.236.

52. Bergel, *op. cit.*, s.4-5.

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi, her ne kadar “genel” de olsa, yine de “hukuk”tan hareket eder. Oysa hukuk felsefesi, hukuktan değil, felsefeden hareket eder; o daha ziyade “hukuk” üzerine bir “felsefe”dir⁵³.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında hukukun genel teorisi ile hukuk felsefesinin hukuk olgusunun incelenmesinde iki rakip yaklaşım biçimi olduğu ve bunların arasında bir tercih yapılması gerektiği düşüncesi ortaya çıkmıştır⁵⁴.

Bu çatışma en iyi şekilde *Archives de la philosophie du droit*'nın hukuk felsefecileri arasında 1962 yılında yaptığı anketten izlenebilir. Dergi dönemin en ünlü hukuk felsefecilerine⁵⁵ anket sorusu olarak “hukuk felsefesi” ile “hukukun genel teorisi” arasında bir fark görüp görmediklerini ve eğer bir fark görüyorlarsa, bu iki disiplin arasındaki ilişkinin ne olduğunu sormuştur⁵⁶. Ankete katılanlar, bu sorulara değişik yanıtlar vermekle birlikte, iki gruba ayrılabilir:

Dönemin anti-pozitivist tepkisinden esinlenen J. Brèthe de la Gressaye⁵⁷, G. Kalinowski⁵⁸, J. Parrain-Vial⁵⁹ gibi yazarlara göre, yalnızca eleştirel bir hukuk felsefesi izlenmelidir; pozitivist bir genel teori, hukuk felsefesinin “ötanazi”sine yol açar⁶⁰.

53. Bergel, *op. cit.*, s.5. Cf. Schwarz-Riebenmann Von Wahlendorf, *op. cit.*, s.13-14: “Hukukun genel teorisinin amacı, hukuk mekanizmalarını olduğu gibi ortaya çıkarmaktır. Buna karşın, hukuk felsefesi çabalarını hukuku insanın nihai amacı ışığında belirlemeyi mümkün kılan sorular üzerine yoğunlaştırır”.

54. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

55. Bagolini, Battifol, Betancur, Brèthe de la Gressaye, Brimo, Cossuo, Dabin, Darbellay, Del Vecchio, Gardies, Héraud, Kalinowski, Kelsen, Legaz y Lacambra, Yevy-Bruhl, Maspétiol, Orestano, Parain-Vial, Perelman, Recasens Siches, Roubier, Treves, Tsatsos, Villey, Vilary (*Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.83-171).

56. *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.83.

57. J. Brèthe de la Gressaye’in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.95-96.

58. Georges Kalinowski’nin cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.128.

59. J. Parrain-Vial’in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.143.

60. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

Buna karşı, G. Héraud⁶¹ ve H. Lévy-Bruhl⁶² gibi yazarlar ise spekülâtif bir hukuk felsefesini reddediyorlardı. Onlara göre sadece “hukukun genel teorisi” bilim düzeyine yükselebilirdi⁶³.

Kelsen’in haklı olarak gösterdiği gibi bu tartışma gereksizdir; zira bu iki yaklaşım biçimi arasında tercih yapmak zorunlu değildir. Hukukî bilginin bu iki dalı arasındaki ayırım bir iş bölümünden ibarettir. Bunlar, birbirlerine rakip olmaktan ziyade birbirlerinin tamamlayıcısıdır⁶⁴. Her ikisinin de kendisine has varlık sebebi vardır. Hukuk felsefesi hangi ilkelerin kabul *edilmesi gerektiği* sorusuyla uğraşır. Bu sorun *adalet* ile, dolayısıyla etik veya ahlak felsefesiyle ilgilidir. Buna karşın, hukukun genel teorisi fiilen *olan* hukuku inceler. Amacı pozitif hukukun yapısını analiz etmek ve bu hukukun temel kavramlarını tespit etmekten ibarettir⁶⁵.

Zeki Hafızoğulları’na göre de hukukun genel teorisi yaklaşımı hukuk felsefesi yaklaşımını bertaraf etmemektedir. Hatta hukuk deneyinin tam bir bilgisine varmak için değişik yaklaşım biçimleri gereklidir⁶⁶.

Hukukun Genel Teorisinin Biçimselliği.- Hukuk bilimi, hukuk normlarını inceler. Ancak bu bilimin, anayasa hukuku, ceza hukuku, idare hukuku, medenî hukuk gibi özel disiplinlerden meydana gelen *hukuk dogmatigi* kısmı, hukuk normunun *içeriğini* inceler. Buna karşın hukuk biliminin *hukukun genel teorisi* kısmı, normun içeriğini değil; *yapısını, biçimini* inceler. Bu nedenle, hukukun genel teorisi, hukuku kendi normatif yapısı içinde, yani bu yapının hizmet ettiği değerlerden, bu yapının içeriğini oluşturan insan davranışlarından bağımsız olarak ele alır. Onun *biçimini* inceler. Bu anlamda hukukun genel teorisi, hukukun *biçimsel (formel)* teorisidir⁶⁷.

61. Guy Héraud’nun cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.120-121.

62. Henri Lévy-Bruhl’ün cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.136.

63. Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

64. Hans Kelsen, “Was ist juristischer Positivismus?”, *Juristerzeitung*, 1965. s.468’den naklen Van Hoecke, *op. cit.*, s.418.

65. Hans Kelsen’in cevabı, *Archives de la philosophie du droit*, 1962, s.131.

66. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.3.

67. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op.cit.*, s.2; “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.238.

Diğer bir anlatımla, hukukun genel teorisi hukukun biçimsel yapısını, hukuk dogmatığı ise hukukun içeriğini inceler. Bu iki faaliyet uygulamada birbirinden ayrı yürütülmekte ise de, hukukun mükemmel bir bilgisi ancak bu iki faaliyetin sonucunda elde edilebilir. Zira, hukukun genel teorisi, normun norm olarak yapısı, konulması, işleyişi, uygulanması, ortadan kalkışıyla ilgili sorunları incelerken; hukuk dogmatığı ise, bu normun içeriğinde kurallaştırılan beşerî davranışı belirler, tasnif eder, sistemleştirir. Dolayısıyla, hukukun genel teorisi bir hukuk düzeninin normatif yapısını, yani normlardan nasıl oluştuğunu; hukuk dogmatığı ise kendisinden bir hukuk düzeni oluşturulan bir normlar bütününe neleri kurallaştırdığını, yani neleri emrettiğini, yasakladığını veya nelere izin verdiğini inceler. Öyleyse hukukun genel teorisinin incelediği sorunlar *yapısal*, hukuk dogmatığının incelediği sorunlar ise *içeriksel*dir⁶⁸.

Hukukun genel teorisinin incelediği sorunlar yapısal sorunlar olduğuna göre, bu teori, hukuk normunun yapısı *içinde* yer alan, yani içeriksel sorunların çözümü ile uğraşmak zorunda değildir. İşte bu nedenle hukukun genel teorisi, hukukun biçimsel (*formel*) teorisi-dir⁶⁹. Bu böyle ise hukukun genel teorisi, bir hukuk normunun düzenlediği insan davranışının değeri, normun bu davranışı yasaklayarak yahut ona izin vererek güttüğü amacın ne olduğu veya ne olması gerektiği gibi sorularla ilgilenmez.

Ancak bu sorularla ilgilenmediğinden dolayı hukukun genel teorisinin biçimsel yaklaşımının hukukçuyu boş ve kısır bir formalizme iteceği yolundaki düşünceler tutarlı değildir. Bir kere, hukukun genel teorisi, kendi biçimsel yaklaşımının hukuku incelemenin tek yolu olduğunu iddia etmez. İddia ettiği şey hukukun nasıl ve neden meydana geldiği sorusunu incelemenin tek yolu olduğudur⁷⁰. Hukukun genel teorisi daha önce de belirtildiği gibi, hukuka değişik yaklaşım olanaklarını reddetmez. Hukuk düzeninin esinlendiği değerler sorununu incelemenin kendi sahasına girmedğini, bu sorunun hukuk felsefesi alanına girdiğini belirtir.

Elbette ki hukuk düzeninin esinlendiği birtakım değerler vardır. Dahası bir hukuk sisteminden diğerine bu değerler ve dolayısıyla

68. Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.239.

69. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.2.

70. *Ibid.*, s.2-3.

hukukun içeriği de değişmektedir. Ancak ne değerler, ne de hukukun içeriği, hukukun genel teorisinin inceleme alanına girmez. Zira, kalıp yapma sanatı başka şey, kalıbı doldurma sanatı başka şeydir. Madem ki, kalıbı yapanın sanatı kalıbı dolduranın sanatından farklıdır, kalıbı yapan ne kalıbı hep aynı şeyle doldurdu diye ne de boş bıraktı diye eleştirilebilir⁷¹.

Özetle, hukukun genel teorisi, hukuku bir yapı, bir biçim olarak inceler. Örneğin, bardak hukuk ise, onun biçimini ve neden oluştuğunu (örneğin camdan, metalden, plastikten vs.) ve şeklini (silindirik, küresel vs.) inceler. Bardağın içine ne konulduyuyla uğraşmaz. Bardağın içine, isteyen zemzem suyu, isteyen şarap, isteyen ise zehir koyabilir. Bardağı kullanan bardakla zehir sundu diye, bardağı yapan suçlanamaz.

Burada belirtmeliyiz ki biz çalışmamız boyunca hukukun genel teorisinin kavramlarını anayasa hukukuna uygulamaya çalıştık. Böylece, anayasa normları geçerliliği alanı gibi sınırlı bir alanda da olsa, bir “anayasa hukukunun genel teorisi”ni oluşturmaya çalıştık. Diğer bir ifadeyle çalışmamız, anayasa normları geçerliliği alanında yapılmış bir hukukun genel teorisi çalışmasıdır.

IV. ANAYASA HUKUKUNUN POZİTİVİST TEORİSİ⁷²

Hukukun genel teorisine ve anayasa hukukunun genel teorisine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra, *anayasa hukukunun pozitivist teorisini* kısaca görmekte yarar vardır. Zira, aşağıda görüleceği gibi, çalışmamızda, pozitivist teorinin hukuk ve bilim anlayışı esas alınmış, bu anlayış çerçevesinde karşılaşılan sorunlara cevap aranmıştır⁷³. Bu nedenle, çalışmamıza bir başka isim vermek gerekirse, “anayasa normlarının geçerliliğinin pozitivist teorisi” ismi verilebilir.

71. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.3; Hafizoğulları, “Hukuk ve Ceza Hukuku Biliminin Konusu...”, *op. cit.*, s.239.

72. Bu başlık, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu* (Ankara, US-A Yayıncılık, 1998) başlıklı çalışmamızda “hukukun pozitivist genel teorisi”ni incelediğimiz “giriş” kısmındaki (s.15-23) açıklamaların anayasa hukukuna uyarlanması ile oluşturulmuştur.

73. Aynı nedenlerle, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi* başlıklı çalışmamızda da ilkönce pozitivist teoriyi aynı şekilde tanıtmıştık (Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi, 1999, s.7-16.

Pozitivist teorinin üç temel özelliği vardır: Birinci olarak, pozitivist teori, tabiî hukuk anlayışını reddeder; ikinci olarak değerlerin bilinemezliği ilkesini savunur; üçüncü olarak, pozitivist teorinin kendine has bir bilim anlayışı vardır. Şimdi bu üç özelliği sırasıyla görelim.

A. TABİÎ HUKUKUN REDDİ

Hukukî pozitivism, “Viyana Çevresi (*Wiener Kreiss, cercle de Vienne*)”nden esinlenerek, formel veya ampirik olarak doğrulanamayan önermeleri bilim alanına yabancı olarak kabul eder ve bu önermeleri reddeder⁷⁴. Pozitivist teoriye göre, hukuk bilimi fizik-ötesine ait değildir. Hukuk fizik âlemde bulunur. Dolayısıyla pozitivist teori, tabiî hukukun tüm biçimlerini reddeder. Ona göre, doğada değişmez bir düzen mevcut değildir. Keza tüm insanlara has bir “tabiî akıl” da yoktur. Değerler “reel” dünyaya ait “*entité*”ler değildirler. Doğada “iyi” veya “kötü”nün ölçüleri bulunmaz. Bunları sadece insan değerlendirebilir. Tabiî hukuk diğer yandan, hukuk bilimi ile bu bilimin konusu olan hukuku karıştırır. Oysa tüm bilimlerde bilimin konusu, o bilimin dışında yer alır. Bu, bilimin konusu ile öznesi arasındaki kardeşiyen ayrımın basit bir sonucudur. Oysa tabiî hukuk bizzat hukuk kuralları koyduğunu iddia eder⁷⁵.

Dahası tabiî hukuk, tasviri öncüllerden normatif önermeler çıkarılamayacağı yolundaki “Hume Kanunu”nu da ihlâl eder. Bu kanuna göre, “olan” ile “olması gereken” arasında geçiş mümkün değildir⁷⁶.

Nihayet tabiî hukuk, mutlak bir adalet teorisi hazırlar. Ancak adaletin ne olduğunu sarıh bir şekilde belirleyemez⁷⁷. Zira, “âdil olan” ile “âdil olmayan”ı ayıran objektif ve evrensel bir kriterin bulunmamasıdır. Böyle bir kriter, doğanın gözlemi yoluyla elde edilemez. Tabiî hukuku ileride, aksiyolojik geçerlilik anlayışının görüldüğü

74. Christophe Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.176.

75. *Ibid.*

76. David Hume, *Traité sur la nature humaine*, 1777 baskısından naklen Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.176.

77. *Ibid.*

yerde, ayrıntılarıyla görüp eleştireceğiz⁷⁸. Bu nedenle, burada tabii hukuka daha fazla eleştiri yöneltmiyoruz.

Pozitivist teorinin tabii hukuk anlayışını reddettiğini bu şekilde gördükten sonra, şimdi pozitivist teorinin ikinci temel tercihini görelim:

B. DEĞERLERİN BİLİNEMEZLİĞİ İLKESİ (*Principe du non-cognitivisme des valeurs*)

Pozitivist teoriye göre, sadece olgusal yargılar (*jugements de fait*) ampirik olarak doğrulanabilirler (*vérification empirique*). Bu alan bilim alanıdır. Buna karşın değer yargıları (*jugements de valeur*) bir bilim alanı değildir. Bu alanda “bilinemezlik (*non-cognitivisme*)” ilkesi geçerlidir. Buna göre, değerler ampirik olarak bilinebilir şeyler değildir. Çünkü onlar, ya gerçeklikte mevcut değildirler ya da mevcut olsalar bile, görecelidirler⁷⁹.

Yani değerler alanında ya *yokluk* ya da *görecelilik* tezi geçerlidir. *Yokluk tezine*⁸⁰ göre, değerler hiçbir şekilde reel dünyada mevcut değildir. Dolayısıyla bilimin konusu olamazlar. *Görecelilik (relativisme) tezine* göre ise, değerler insan sübjektivitesi alanında reel olarak mevcuttur; ama değişken oldukları için bilinebilir şeyler değildir⁸¹.

W.K. Frankena'ya göre *göreceliliğin üç ayrı tipi* vardır: Birincisi *tasviri göreceliliktir*. Bu tür görecelilik ile anlatılmak istenen şey, değişik insanlar ve değişik toplumların değer yargılarının değişik olduğudur. İkinci tip görecelilik, *meta-etik göreceliliktir*. Buna göre bir değer yargısının “doğru”, diğer değer yargılarının ise “yanlış” olduğunun objektif olarak geçerli, rasyonel bir tarzda kanıtlanmasına imkân yoktur. Göreceliliğin üçüncü çeşidi *normatif göreceliliktir*. Birinci tip görecelilik, antropolojik veya sosyolojik; ikinci tip görece-

78. Bkz. İkinci Bölüm, I.

79. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.182.

80. Bizatihi realitenin bir parçası olarak değerlerin varlığını reddeden bu teze “objektivist aksiyolojinin reddi” (*rejet de l'axiologie objectiviste*) tezi deniyor (Bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.173). Biz burada kısaca buna “yokluk” tezi demeyi uygun gördük.

81. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.182-183.

lilik, meta-etik bir savda bulunurken; bu üçüncü tip görecelilik, normatif bir ilke ileri sürer: Söz konusu durumlar aynı olsa bile, bir birey, bir toplum için iyi veya doğru olan şey bir başka birey, bir başka toplum için iyi veya doğru değildir⁸².

Özetle değerler alanında “bilinemezlik (*non-cognitivism*)” ilkesi hâkimdir⁸³. Bu prensip iki şekilde açıklanır: Ya değerler reel âlemde mevcut değildir (yokluk tezi); ya da mevcuttur, ama objektif olarak bilinebilir şeyler değildir (görecelilik tezi).

Hukukî pozitivizm, genellikle bu yokluk tezini savunur. Bu akıma göre, reel âlemde değerler mevcut değildir. Dolayısıyla değerler alanında bilinecek bir şey yoktur. Hatta bu akım, insanın kendi değerlerinin yaratıcısının yine insanın kendisinin olduğunu düşünür⁸⁴.

O halde hukukî pozitivizmde, değerlerin inkârı söz konusudur. Dolayısıyla pozitivistlere göre bilimsel aksiyoloji mümkün değildir. Zira onlar, G.E. Moore’un “değerlerin şeylerin tabii nitelikleri olmadığı” yolundaki kanısını paylaşırlar. Moore’a göre örneğin “iyi” ile herhangi bir tabii niteliği karıştırmak “tabii safsata (*naturalistic fallacy*)” yapmak demektir⁸⁵. Ama pozitivistler genelde Moore’dan çok daha ileri giderler ve değerleri tamamıyla ideolojiler alanına yerleştirirler⁸⁶. Örneğin K. Opalek ve J. Wroblewski’ye göre, bir değer teorisi olarak tasavvur edilen bir bilimsel aksiyolojinin kurulması imkânsızdır; zira bu değerler toplumsal ve tarihi koşullar ile biçimlenen ideolojilerin bir parçasıdır⁸⁷.

82. W.K.Frankena, *Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1963, s.92-93.

83. Christophe Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.58.

84. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.183.

85. G.E. Moore, *Principia Ethica*, Cambridge University Press, 1903’ten alıntılanan parça in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.234.

86. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.184.

87. K. Opalek ve J. Wroblewski, “Axiology: Dilemma Between Legal Positivism and Natural Law”, *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*, 18, 1968, s.361 vd.

Kelsen bu konuda çok radikal bir görecelilik tezini savunur. Ona göre bir kimse, bir şeyin iyi ya da kötü olduğunu öne sürmüşse, öne sürülen değer, bir “bilme konusu (*objet de la connaissance*)” değil, sadece bilincin duygusal (*émotionnel*) bileşenlerinin fonksiyonlarından birisidir. Eğer böyle bir değer bir başkasının davranışı üzerine ileri sürülmüş ise, “bravo!”, “yazıklar olsun!” gibi ünlemler ile aynı mahiyette bir duygusal tasvip veya kınamayı ifade eder⁸⁸. Dolayısıyla bunlar saf subjektiflik alanına aittirler⁸⁹.

Diğer yandan Kelsen, hukuk normlarının insan-üstü bir irade tarafından değil, sadece beşerî irade tarafından konulduğundan hareketle hukuk normları ile birbirleriyle çatışan değerlerin öne sürülebileceğini belirtmektedir. Örneğin bir hukuk normu intiharı yasaklayabilir, diğeri ise serbest bırakabilir. Belirli bir değerden hareketle, bu normlardan birinin geçersiz, diğerrinin ise geçerli olduğu iddia edilemez. Bunlardan her ikisi de usulüne uygun olarak ihdas edilmişse geçerlidir. Bu normlar beşerî irade tarafından konulduğuna göre, bu normlardan çıkarılabilecek değerler de *keyfidir*. Dolayısıyla ifade edilen değerler *görecelidir*. Mutlak değerler din alanı dışında yoktur. Bir takım insanlara göre bu değerler “iyi”, diğerrlerine göre ise “kötü”dür⁹⁰.

Kelsen’e göre, değişik zamanlar ve değişik yerlerde insanların “iyi” ve “kötü”, “âdil” ve “âdil olmayan” olarak kabul ettikleri şeylerin çeşitliliği göz önünde bulundurulursa, değerler alanında minimum ortak değerler dahi olmadığı söylenebilir. Genellikle barışın korunmasının bütün ahlâki sistemlere özgü bir gereklilik olduğu ileri sürülür. Ama Heraclite savaşın en üstün değer olduğunu öğretiyordu. Özetle Kelsen’e göre, *a priori* ve mutlak olan bir değer yoktur. Eğer

88. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, Traduction française de la 2e édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann, Paris, Dalloz, 1962, s.27. Belirtelim ki Kelsen burada, A.J. Ayer ve C.L. Stevenson tarafından savunulan Anglosakson emotivizminine hayli yakındır. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, *op. cit.*, s.184.

89. Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.57-58.

90. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.24-25.

bu böyleyse, iyi ve kötüyü, âdil ile âdil olmayanı tanımlayacak elimizde bir araç yoktur⁹¹.

Sonuç olarak, hukukî pozitivizm değerlerin göreceliliği prensibini kabul eder. Buna göre, değerler alanında herhangi bir şeyi kanıt-lama veya rasyonel argümantasyon imkânı yoktur. Dolayısıyla, bir yandan hukuk normlarının aksiyolojik temelini araştırmak, diğer yandan ise mahkeme kararlarının rasyonel jüstifikasyonunu yapmak mümkün değildir.

Bu şekilde değerlerin binemezliği ilkesini gördükten sonra, şimdi hukukî pozitivizmin bilimsellik anlayışını görelim.

C. POZİTİVİST TEORİNİN BİLİM ANLAYIŞI

Pozitivist teorinin bilim anlayışı şu dört özellik ile ortaya konabilir:

1. Bilimin konusu objektif olarak bilinebilir bir şeydir.
2. Bilim ile bilimin konusu birbirinden farklı şeylerdir.
3. Bilimin görevi, konusunu sadece tanımaktır.
4. Bilim kendisine yabancı unsurlardan arınmalıdır (“saflık”).

1. Bilimin Konusu Objektif Olarak Bilinebilir Bir Şeydir

Viyana Çevresinden esinlenen pozitivist teoriye göre, metafizik kavram ve ilkeler “bilme (*connaissance*)” konusu olamaz. Bilme (*cognitif*) alanında bütün metafizik formlar kısırdır⁹².

O halde anayasa hukuku, bir bilim olmak istiyor ise, inceleme konusu olarak bir takım fizik-ötesi formları veya değerleri ele almayı kategorik olarak reddetmelidir. Anayasa hukuku, ancak ampirik bir konuyu inceleyebilir. Dolayısıyla anayasa hukuku, inceleme konusu olarak yalnızca fiziki varlığa sahip olan hukuku ele alabilir. Bu hukuk da *pozitif hukuk*, yani devlet tarafından konulmuş, maddî varlığa

91. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy: Selected and Introduced by Otta Weinberger*, D. Reidel Publ. Comp., Dordrecht/Boston, 1973. In in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.237.

92. Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.56.

sahip hukuktur⁹³. O halde pozitif hukukun kapsamına girmeyen şeyler, anayasa hukuku tarafından incelenemezler. Zira, Hans Kelsen'in belirttiği gibi, "pozitif hukuk normları kapsamında bulunmayan bir şey, bir hukukî konsept içine giremez"⁹⁴. Pozitif hukuk, daima belirli bir topluluğun hukukudur: Türk hukuku, Fransız hukuku, Alman hukuku gibi. Bu belirli anayasal düzenlerin bilimsel bir açıklamasını yapmak, anayasa hukukunun amacıdır. İleride "anayasa hukukunun genel esasları-anayasa hukuku dogmatığı" ayırımında göreceğimiz üzere, anayasa hukuku dogmatığı, belirli pozitif anayasa düzenlerini incelerken, anayasa hukukunun genel esasları, değişik anayasa düzenlerinin karşılaştırmalı analizinden ortaya çıkan temel ilke ve kavramları inceler. Anayasa hukukunun genel esasları, hukuk normlarını, onların unsurlarını, yorumunu, bütünü itibarıyla anayasa düzenini, onun yapısını, değişik anayasa düzenleri arasındaki ilişkileri ve nihayetle, pozitif anayasa düzenlerinin çokluğuna rağmen anayasa hukukunun birliğini inceler⁹⁵.

Buna göre, pozitif bir anayasanın kapsamına girmeyen şeyler, örneğin değerler anayasa hukuku inceleme alanına giremezler. Zira pozitivist teoriye göre değerler bilinemezdir. Şimdi bilim ile bilimin konusu arasındaki farkı görelim.

2. Bilim ile Bilimin Konusu Birbirinden Farklı Şeylerdir

Bilim ile bilimin konusu birbirinden farklı şeylerdir. Bilim, konusunu kendisinden önce oluşmuş halde bulur. Her bilim dalında,

93. Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.57; Michel Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.117-137, *op. cit.*, s.123; Michel Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., Coll. "Léviathan", 1994, s.35; Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, preface, s.xiii; Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.1.

94. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiii.

95. Bu paragraf, Kelsen'in *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiii'te hukukun genel teorisi için söylediklerinden uyarlanmıştır.

konu, bizatihi bu bilimin dışında yer alır. Bu, bilginin (*connaissance*) öznesi ile konusu arasındaki kartezyen ayrımın basit bir sonucudur⁹⁶.

Buna göre, *anayasa hukuku* ile *anayasa hukuku bilimi* birbirinden farklı şeylerdir. Birincisi ikincisinin inceleme konusudur. Dolayısıyla anayasa hukuku kuralları, anayasa hukuku bilimi tarafından değil, pozitif hukuk tarafından konulur⁹⁷.

3. Bilimin Görevi Konusunu Sadece Tanımaktır

Pozitivist anlayışa göre hukuk bilimi, inceleme konusu olan pozitif hukuku *tanımak* ile kendini sınırlandırmalı; bu hukuku değiştirmeye, yeniden biçimlendirmeye çalışmamalıdır. Diğer bir ifadeyle, hukuk bilimi, pozitif hukuk normları tarafından öngörülenlerin dışında yeni hukuk kuralları formüle etmeye teşebbüs etmemelidir⁹⁸.

Kelsen'in belirttiği gibi, "hukuk biliminin tek amacı, hukuk yapmak değil, hukuku *tanımaktır*"⁹⁹. Yazara göre,

"bir bilim, inceleme konusunu *olduğu gibi tasvir* etmelidir; birtakım değer yargıları açısından onun *ne olması veya ne olmaması gerektiğine hükmetmemelidir*. Böyle bir hüküm siyasi bir problemdir; ve hükümet sanatını ilgilendirdiği ölçüde değerlere yönelik bir faaliyetdir. Böyle bir faaliyet realiteye dönük olan bilimin konusunu oluşturamaz"¹⁰⁰.

Buradan yola çıkarak, bir anayasa hukuku eserinin bilimsel olmak için inceleme konusu olan hukuk normlarını yeniden biçimlendirmeye veya onları değiştirmeye yeltenmemesi ve sadece onları tasvir etmek ile yetinmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

96. Bu konuda bkz. Grzegorzcyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *op. cit.*, s.176, 179; Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.56-58; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.122.

97. Bu paragraf şu eserlerden uyarlanmıştır: Grzegorzcyk, "Le positivisme comme méthodologie juridique", *op. cit.*, s.176; Grzegorzcyk, "La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit", *op. cit.*, s.56-58; Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, *op. cit.*, s.30-35; Troper, "Un système pur du droit", *op. cit.*, s.122.

98. Troper, "Un système pur du droit", *op. cit.*, s.122.

99. Kelsen, *General Theory of Law and State*, *op. cit.*, preface, s.xiv. İtalikler bize ait.

100. *Ibid.* İtalikler bize ait.

4. Hukuk Bilimi Kendisine Yabancı Unsurlardan Arınmalıdır (“Saflık”)

Pozitif hukukun parçası olan bir normu eleştirmek veya onu aklamak hukukun genel teorisinin üzerine vazife değildir. Hukuk biliminin görevi sadece hukukun gerçeklikte neden ibaret olduğunu *tasvir* etmektir. Hukuk bilimi, hukukun nasıl olması gerektiğini hiçbir şekilde söyleyemez¹⁰¹. Hukuk bilimi, değer yargılarından kaçınılmalıdır. Kelsen’in ifadesiyle “saf (*Reine, pure*)”¹⁰² olmalı; yani kendisine yabancı tüm unsurlardan kurtulmalıdır. Hukuk bilimi, tarihsel olarak psikoloji, sosyoloji, etik ve siyaset teorisi ile karma halde bulunur. Hukukun saf teorisi, hukukun bu bilim dallarıyla ilgisini inkâr etmez; ama kendi özünü belirsizleştiren bu metot bağdaştırmacılığına (*syncrétisme*) karşıdır¹⁰³.

Buna göre, anayasa hukuku bilimi, ne anayasa koyucunun niyetleri ve saiklerinden, ne de toplumsal grupların çıkarları ve arzularından etkilenmelidir. Anayasa hukuku bilimi, pozitif hukukunun yapısını tahlil etmeli; ama bu hukukun oluşumunda rol oynayan toplumsal, ekonomik veya psikolojik koşulları dikkate almamalıdır¹⁰⁴.

V. PLÂN

“Anayasa normlarının geçerliliği sorunu” başlıklı çalışmamız on bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın *birinci bölümünde*, anayasa normlarının geçerliliğinin önkoşulları araştırılacaktır.

Anayasa normlarının geçerliliğinin diğer koşullarına geçmeden önce, çalışmamızın *ikinci bölümünde*, aksiyolojik, maddî ve biçimsel geçerlilik anlayışları olmak üç değişik geçerlilik anlayışı görülecektir. Zira, anayasa normlarının geçerliliğinin asıl koşulu bu anlayışlara göre değişmektedir.

101. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.1.

102. Troper’in işaret ettiği gibi Kelsen bu kavramı Max Weber’den ödünç almıştır (Troper, “Un système pur du droit”, *op. cit.*, s.123; Troper, *Pour une théorie juridique de l’Etat, op. cit.*, s.35).

103. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.1-2.

104. Kelsen, *General Theory of Law and State, op. cit.*, preface, s.xiii. Bu konuda bkz. Troper, “Un système pur du droit”, *op. cit.*, s.123; Troper, *Pour une théorie juridique de l’Etat, op. cit.*, s.35.

Çalışmamızın *üçüncü bölümü*, anayasa normlarının geçerliliğinin asıl ve ek koşullarının araştırılmasına tahsis edilmiştir.

Bazı yazarlar, anayasanın içinde yer alan ve bu koşulları yerine getiren normlar ile yetinmemekte ve bunların dışında daha birtakım anayasal ve hatta anayasaüstü değer taşıyan prensiplerin bulunduğunu iddia etmektedirler. Çalışmamızın geri kalan bölümleri, bu prensiplerin geçerliliklerinin araştırılmasına ayrılmıştır.

Dördüncü bölümde, anayasaüstü değer taşıdığı iddia edilen birtakım prensiplerin geçerliliği sorunu incelenecektir.

Beşinci bölümde, anayasa normları arasında hiyerarşi sorunu üzerinde durulacaktır.

Altıncı bölümde, uluslararası hukuk normlarının anayasa normları karşısındaki yeri sorunu araştırılacaktır.

Yedinci bölümde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Türk hukuk düzenindeki yeri sorunu tartışılacaktır.

Sekizinci bölümde, anayasanın ruhundan çıkarılan prensiplerin geçerliliği sorunu incelenecektir.

Dokuzuncu bölüm, anayasal teamüllerin geçerliliği sorununa tahsis edilmiştir.

Onuncu bölümde, geçerlilik koşullarına uyulmamasının sonuçları, yani geçerlilik koşullarının müeyyidesi incelenecektir.

Çalışmamız varılan sonuçların özetlendiği ve sorunun genel bir değerlendirilmesinin yapıldığı bir *sonuç* bölümü ile noktalanacaktır.

Birinci Bölüm

ANAYASA NORMLARININ GEÇERLİLİĞİNİN ÖNKOŞULLARI¹

Bu çalışmanın konusunu, şu soru oluşturmaktadır:

Bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının koşulları nelerdir?

Bu soruya cevap vermek için sorunun metninden hareket edelim:

Bir kere, “*bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının koşulları*” sorulduğuna göre, her şeyden önce bir işlem madde olarak var olmalıdır. Biz buna “maddî varlık” diyoruz. O halde bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının birinci koşulu onun “maddî varlığı”dır.

İkinci olarak, yukarıdaki soruda “*bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının koşulları*” sorulduğuna göre, madden var olan bir işlemin bir “norm” olması gerekir. Bu “norm olma” özelliğine biz “normatiflik” diyoruz. O halde bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının ikinci koşulu, onun “normatifliği”dir.

Üçüncü olarak, yukarıdaki soruda “*bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının koşulları*” sorulduğuna göre, var olan bu normun, “*hukuk normu*” olması gerekir. Bir normun ahlâk, din normu değil de, “*hukuk normu olması özelliğine*” biz “*hukukîlik*” diyoruz. O halde bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının üçüncü koşulu, o işlemin “*hukukîliği*”dir.

Dördüncü olarak, yukarıdaki soruda “*bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının koşulları*” sorulduğuna göre, var

1. Bu bölümün ilk üç başlığı (I, II ve III), *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (Ankara, US-A Yayıncılık, 1998) isimli çalışmamızın birinci kısmının “Üç Ön Sorun: Geçerliliğin Ön Koşulları” başlıklı birinci bölümünde (s.25-53) kurduğumuz teorik çerçevenin ve orada ulaştığımız sonuçların anayasa normlarının geçerliliği sorununa uygulanmasıyla oluşturulmuştur.

olan bir hukuk normunun “anayasal” nitelikte olması gerekir. Bir normun, kanun, karamname, tüzük, yönetmelik vs. niteliğinde değil de, anayasa niteliğinde olmasına, biz “anayasallık” diyoruz. O halde bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının dördüncü koşulu, o işlemin “anayasallığı”dır.

Nihayet, yukarıdaki soruda “bir işlemin anayasa hukuku normu olarak *geçerli* olmasının koşulları” sorulduğuna göre, bir anayasa hukuku normunun “geçerli” olması gerekir. Bir normun “geçerli olma özelliğine”, hukukun genel teorisinde “geçerlilik” denir. O halde bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının beşinci koşulu, o işlemin “geçerliliği”dir.

Böylece, şimdilik, bir işlemin anayasa normu olarak geçerli olabilmesinin beş koşulu ortaya çıkmaktadır:

1. Maddî varlık
2. Normatiflik
3. Hukukîlik
4. Anayasallık
5. Geçerlilik

Aşağıda açıklayacağımız nedenlerden dolayı bu koşullardan ilk dördüne biz, “önkoşullar”; sonuncusuna ise “asıl koşul” diyoruz. Şimdi önkoşulları görelim.

I. MADDÎ VARLIK²

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının birinci koşulu onun “maddî varlığı

-
2. Bir işlemin “maddî varlığı” sorunu, Alexander Peczenik’in “hukukî geçerliliğin bibliyografik sorunu” olarak isimlendirdiği soruna tekabül eder. Gerçekten de Peczenik, geçerlilik kavramını dört safhayı içeren bir metotla tahlil etmektedir. Birinci safha, hukukçuların hukuken geçerli olarak kabul ettikleri kuralların sayımından (*enumeration*) ibarettir. Bu açıdan denilebilir ki, bizim ilk kavramımız (maddî varlık), Alexander Peczenik’in tasvirî metodunun birinci safhasına (sayım) eşittir. Peczenik’e göre, ““belirli bir ülkede hukuken geçerli olan kurallar nelerdir” sorusu, hukukun geçerliliğinin genel bir tanımına başvurmaksızın çözümlenebilir. Hukuk fakültesinde ve mesleğinde her uzman hukukçu bu sorun üzerine bir çok ayrıntılı bilgi edinir. Bu sorun teorik olmaksızın ziyade *bibliyografiktir*” (Alexander Peczenik, “The Concept ‘Valid Law’”, *Scandinavian Studies in Law*, Vol. 16, 1972, s.214-215. İtalikler bize ait).

(*existence matérielle*)”dır³. Zira, maddî olarak *var olmayan* bir işlem, herhangi bir hukukî nitelendirmeye tâbi tutulamaz.

Bir işlemin “*maddî*⁴ varlığı” ile, o işlemin somut taşıyanının (*support*, hâmil), yani bir belgenin, bir sözün, bir ritüelin, tek kelimeyle bir *instrumentum*’un varlığı anlatılmak istenmektedir⁵. Diğer bir anlatımla, bir işlemi hukukî nitelendirmeye tâbi tutmadan önce, onun *instrumentum*’unu, örneğin bu işlemin içinde yer aldığı belgeyi göstermek gerekir.

Yazılı anayasa sistemlerinde, bir anayasanın maddî varlığı, resmî gazeteye, yani hükûmet adına basılan bir dergiye bakılarak ihdas edilir.

YAZISIZ (geleneksel, teamülî) anayasa sistemlerinde ise, anayasa normlarının maddî varlığının resmî gazeteye bakılarak tespit edilemeyeceği açıktır. Bununla birlikte, teamülî anayasa normlarının maddî varoluştan yoksun oldukları söylenemez; zira onların da bir *instrumentum*’u vardır. Bu *instrumentum* devlet organlarının uzun zamandan beri kesintisiz tekrarlanan davranışlarından oluşur. Bu soruna ileride, anayasal teamüllerin geçerliliği sorununu inceleyeceğimiz bölümde tekrar değineceğiz.

O halde herhangi bir işlemin anayasa normu olarak geçerli olabilmesi için yerine getirmesi ilk önkoşul, onun madden var olmasıdır. Türk anayasa hukuku alanında, bir işlemin madden var olup olmadığının tespiti sorunu ise, Resmî Gazeteye ve Düsturlara bakılarak tespit edilir⁶.

-
3. François Ost ve Michel Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, s.259; François Ost, “Validité”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.636.
 4. “Maddî” sıfatının altını çiziyoruz, zira Kelsen gibi normların *özümlü* (*spécifique*) varlığından, yani bir normun belirli bir hukuk düzeni içinde varlığından bahseden yazarlar da vardır.
 5. Ost ve Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, s.259; Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.636.
 6. Klâsik teoride, bu konu genellikle “bilgi kaynakları” başlığı altında incelenir. Bilgi kaynakları da “resmî” ve “özel” olarak ikiye ayrılır. Resmî kaynaklar arasında Resmî Gazete ve Düstur sayılır. Özel kaynaklar ise özel kişiler tarafından yapılan anayasa derlemeleridir. Anayasa hukukunun bilgi kaynakları

Maddî varlığı tespit edilemeyen işlemler, bir anayasa normu olamazlar. Bunların üzerinde daha fazla tartışma yapmaya, hukukî geçerliliğin diğer koşullarını yerine getirip getirmediklerini araştırmaya gerek yoktur. Maddî varlık şartını yerine getiremeyen işlemler, hukukî geçerlilik testinden kalırlar. O nedenle, maddî varlıkları gösterilemeyen, birtakım tabîi hukuk ilkelerinin ve sözde “hukukun genel ilkeleri”nin herhangi bir hukukî değeri yoktur. Zira bunların içinde buldukları belge, yani *instrumentum*’u gösterilemez.

II. NORMATİFLİK

Madden var olan bir işlemin anayasa hukuku *normu* olarak geçerli olması için, her şeyden önce, onun bir “norm” olması gerekir. Bu “norm olma” özelliğine hukukun genel teorisinde “normatiflik” denmektedir. O halde bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olmasının ikinci koşulu, onun “normatifliği”dir.

Bir işlemin “normatifliği (*normativité*)” sorunu, onun maddî varlığı, onun belgesi sorunu değil, onun *anlamı* sorunudur. Diğer bir ifadeyle norm, bir işlemin metni değil, ama onun anlamıdır. O halde, normatiflik sorunu, normun maddî taşıyıcısına, örneğin metnine atfedilmesi uygun olan anlam sorunudur. Yani, bu sorun kendisine başvurulmuş belgenin *normatif bir kapsamının* olup olmadığını bilmek noktasında toplanmaktadır⁷.

O halde *normun tanımı* üzerinde duralım.

“Norm” kelimesi Latince *norma* kelimesinden gelir. Bu kelime asıl anlamıyla, “gönye” demektir⁸. Figüratif anlamıyla ise, kural, ilke, kanun, model anlamlarına gelir.

Mantık-Dilbilgisi Bakımından Norm.- Norm, *mantık-dilbilgisi bakımından* bir önermedir⁹. Önerme (*proposition*) ise, belli bir doğruluk değeri

hakkında bkz: Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Metodolojisi*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, s.29-58. Genel olarak hukukun bilgi kaynakları içinde hukuka giriş kitaplarına bkz. Örneğin Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 1998, s.14-28.

7. Ost ve Van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit*, *op. cit.*, s.261; Ost, “Validité” *op. cit.*, s.636.

8. A. Gariel, *Dictionnaire latin-français*, Paris, Hatier, 1960, s.410.

alan ifade (yani söz veya sembol dizisi) olarak tanımlanmaktadır¹⁰. Herhangi bir söz veya sembol dizisinin önerme olabilmesi için, her şeyden önce belirli bir anlamının olması gerekir. “Aşk yuvarlaktır”¹¹, “üçgen demokrattır”¹² gibi ifadeler anlamdan yoksundur. Anlamsız bir cümleyle bir önerme dile getirilemez¹³. İkinci olarak, bir ifadenin önerme olabilmesi için onun doğru ya da yanlış olması gerekir¹⁴. Kendisine doğruluk değeri atfedilemeyen ifadeler, önerme değildir. Örneğin, “saat kaç”, “kapıyı kapatınız”, “keşke yirmi yaşında olsaydım” gibi ifadeler ne doğru, ne de yanlış olabileceklerinden birer önerme değildir¹⁵.

O halde anayasa hukuku normu, belirli bir anlamı olan ve aynı zamanda doğru ya da yanlış olan bir ifadedir; kısacası bir önermedir. Ancak değişik tipte önermeler vardır. Şimdi anayasa hukuku normunun ne tip bir önerme olduğunu görelim.

K. Bühler, dilin görevlerini üç ayrı öbekte toplamıştır. (1) Dilin bildirme görevi (*Symbol-funktion*); (2) Dilin belirtme görevi (*Symptom-funktion*); (3) Dilin yaptırma görevi (*Signal-funktion*). *Bildirme* görevinde dil, “inanç, tahmin veya bilgilerimizi iletme”¹⁶; *belirtme* görevinde, “herhangi bir duygusal tepki veya tavrımızı dışa-vurmak”¹⁷; *yaptırma* görevinde ise, “insanların davranışlarını etkilemek”¹⁸ amacıyla kullanılır.

Bu üçlü sınıflama, insanda başlıca üç yeti olduğu inancına dayanır: Bilme, duyma, isteme¹⁹. Bu üç farklı görev, üç farklı anlatıma vücut vermektedir. Bu üç farklı anlatım, bilim dili, sanat dili ve normatif dildir²⁰.

-
9. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu: Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Ankara, US-A Yayıncılık, 1996, s.68.
 10. Hüseyin Batuhan ve Teo Grünberg, *Modern Mantık*, Ankara, Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, 1984, s.105.
 11. Örnek Cemal Yıldırım’dan alınmıştır. Cemal Yıldırım, *Mantık: Doğru Düşünme Yöntemi*, Ankara, V Yayınları, 1987, s.18.
 12. Örnek Hafizoğulları’ndan alınmıştır. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.69.
 13. Yıldırım, *op. cit.*, s.18.
 14. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.64.
 15. W.V.O. Quine, *Logique élémentaire*, Paris, Hermann, 1976, s.29’dan alıntılan Jean Salem, *Introduction à la logique formelle et symbolique*, Paris, Nathan, 1987, s.11.
 16. Batuhan ve Grünberg, *op. cit.*, s.10.
 17. *Ibid.*, s.11.
 18. *Ibid.*
 19. *Ibid.*, s.10.
 20. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.72.

Bilim dilinde (bildirme görevi) insanların düşünceleri, sanat dilinde²¹ (belirtme görevi) duyguları ve normatif dilde (yaptırma görevi) davranışları etkilenmek istenir²².

Bu tasnife göre, anayasa hukuku dili bir normatif dildir. Burada dil, yaptırma göreviyle, yani başkalarının davranışlarını etkilemek amacıyla kullanılır. Dilin yaptırma görevi için daha çok emir kipinden cümleler kullanılır. Ne var ki başkalarının davranışlarını etkilemek için mutlaka emir kipine başvurmak gerekmez²³. Bir trafik işareti olduğu gibi, her çeşit “sinyal” ile başkalarının davranışları etkilenebilir.

Diğer bir ifadeyle, dilin bu üç değişik görevi birbirinden farklı üç değişik önermeye vücut vermektedir: “Bildirmeli”, “belirtmeli” ve “yaptırmalı” önermeler²⁴. Burada bizi ilgilendiren önermeler, anlaşılacağı üzere, yaptırmalı önermelerdir²⁵. O halde, hukuk normu, madem ki bir davranış kuralıdır, kaçınılmaz olarak yaptırmalı önermedir²⁶.

Yaptırmalı önermeler, bağlayıcılıkları bakımından, *emirler*, *dilekler* ve *öğütler* olarak üçe ayrılmaktadır²⁷. *Emirler*, muhataplarında bir yükümlülük doğuran önermelerdir. *Öğüt* ve *dilekler* ise muhataplarında herhangi bir yükümlülük doğurmazlar. Dolayısıyla bağlayıcılık güçleri daha azdır. Emirde hem yetki, hem de ödev vardır. Oysa, dilekte hak, öğütte ise ödev unsuru eksiktir. O halde hukuk normunu dilek veya öğüt değil, bir emir saymak gerekir²⁸.

Yaptırmalı önermeler ile bildirmeli önermelerin farkları şu şekilde tespit edilebilir:

Bir kere, bildirmeli önermelerin amacı başkalarını haberdar etmek iken, yaptırmalı önermeler başkalarının davranışlarını değiştirmeyi amaçlar²⁹.

İkinci olarak bildirmeli önermede muhatabın önermeyi kabulü, ancak onun önermenin doğruluğuna inanması halinde söz konusudur. Yaptırmalı

21. Batuhan ve Grünberg, örnek olarak “şiir dili” diyor. Batuhan ve Grünberg, *op. cit.*, s.25.

22. Cf. Batuhan ve Grünberg, *op. cit.*, s.24.

23. Batuhan ve Grünberg, *op. cit.*, s.10, 25.

24. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.72.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*, s.73.

27. *Ibid.*

28. *Ibid.*

29. *Ibid.*, s.74.

önermede ise, muhatabın önermeyi tasvibi, önermenin yerine getirilmesi fiili ile gerçekleşmektedir³⁰.

Ancak bu iki tip önerme arasında asıl fark, değerlendirme kriterleri arasındaki farktan kaynaklanmaktadır. Bildirmeli önermeler doğru veya yanlış olan, diğer bir ifadeyle doğruluk değeri alan önermelerdir. Yaptırmalı önermeler ise, ne doğru ne de yanlıştır; dolayısıyla doğruluk değerlendirmesine tâbi tutulamazlar³¹. Hukuk normunun doğruluğu / yanlışlığı değil, sadece geçerliliği / geçersizliği araştırılabilir. Diğer bir ifadeyle, bir kanun hükmünün doğruluğunu veya yanlışlığını sormanın hiçbir anlamı yokken, geçerliliğini veya geçersizliğini sormanın bir anlamı vardır³².

Bildirmeli önermenin doğruluğu veya yanlışlığı ampirik veya rasyonel olarak tespit edilebilir. Bu tip önermelerin doğruluk değerlendirmesi, bu önermelerin ait olduğu bilim dalı tarafından yapılır³³.

Yaptırmalı önermelerin, yani normatif önermelerin doğruluk değerlendirmesi ise yapılamaz³⁴.

Şimdi anayasa hukuku normlarının içinde yer aldıkları anayasa metninin hangi tür önermeleri kullandığını tespit edelim.

Anayasa metinleri birer sanat eseri değildir, duygulara hitap etmez; o halde bunlarda belirtmeli önermeler kullanılmaz. Anayasa metinleri, bilimsel eserler de değildir. Bir şeyi tasvir etmeyi, bir şey hakkında bilgi vermeyi amaçlamazlar. O halde, anayasa metinlerinde yaptırmalı önermeler kullanılır. Anayasa metinleri yaptırmalı önermelerden oluşmuştur. Anayasa metninin dili normatif dildir. Burada dil, yaptırma göreviyle, yani başkalarının davranışlarını etkilemek amacıyla kullanılır.

Anayasa metinleri, yaptırmalı önermeler kullandığına göre, anayasa metinlerinde bulunan önermelerin, doğruluğu / yanlışlığı değil, sadece geçerliliği / geçersizliği araştırılabilir. Diğer bir ifadeyle, bir anayasa normunun doğruluğunu veya yanlışlığını sormanın hiçbir anlamı yokken, geçerliliğini veya geçersizliğini sormanın bir anlamı vardır³⁵.

O halde, bir anayasa metninin içerdiği önermenin doğruluğu veya yanlışlığı araştırılmamalıdır. Bir anayasa metnindeki yahut anayasa mahkemesi kararındaki önerme, doğru veya yanlış olamaz. Çünkü, o bir yaptırmalı

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. Yıldırım, *op. cit.*, s.17.

34. Hafızoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.75.

35. *Ibid.*

önermedir; normatif dile aittir. Onun doğruluğu veya yanlışlığı değil, geçerliliği veya geçersizliği araştırılmalıdır. Anayasa maddesinin metninde geçen önerme aşağıdaki geçerlilik koşullarını taşıyorsa geçerlidir.

Burada şunu da belirtelim ki, anayasa hukuku bilimi eserlerinde kullanılan dil, bilim dilidir; yani bildirmeli önermelerden oluşur. Bildirmeli önermelerin doğruluğu veya yanlışlığı ise ampirik veya rasyonel olarak tespit edilebilir³⁶. Anayasa normu, bir normatif önerme olarak doğruluk değeri alamazken, bu norm üzerine anayasa hukuku biliminin üreteceği önerme doğruluk değeri alabilir. Örneğin 1982 Anayasasının metninde şöyle bir *N* normu vardır:

N Normu: “Milletvekili seçilebilmek için otuz yaşını doldurmak gerekir” (AY, m.76).

N normu yaptırılmalı bir önerme, yani normatif bir önermedir; dolayısıyla doğruluk değeri alamaz. Bu önermenin doğruluğunu sınamanın bir ölçütü yoktur. Neden yirmi, neden yirmibeş, neden otuzbeş değil de otuz? Bu soruya cevap verilemez. Ancak,

“*N* normu Türk anayasa düzeninin bir parçasıdır”

şeklindeki önerme, bir yaptırılmalı önerme değil, bir bildirmeli önermedir. Yani normatif dile ait değil, bilim diline aittir. Bu nedenle bir anayasa hukuku bilimi ifadesidir ve doğruluk değerlendirmesine tâbi tutulabilir. Bu “*N* normu”nun Türk pozitif Anayasasına ait olduğu ampirik olarak ispat edilirse -ki ispat edilebilir: *N* normu 1982 Anayasası 76’ncı maddesinin 1’inci fıkrasının anlamıdır-, bu bildirmeli önerme doğrudur³⁷. Dolayısıyla burada *anayasa önermeleri* ile *anayasa hukuku bilimi önermeleri* arasında ayırım yapmak gerekir. Birinciler yaptırılmalı, ikinciler ise bildirmeli önermelerdir. Bu ayırımdan yola çıkarak, *anayasa* ile *anayasa hukuku bilimi* arasında da ayırım yapmak gerekir. Anayasa hukuku bilimi bildirmeli bir dil, onun inceleme konusu olan anayasa ise yaptırılmalı bir dil kullanır.

Anayasa hukuku normu, yaptırılmalı bir önerme olarak, bir “emre” işaret eder, daima bir “olması gereken (*Sollen*)”i içerir³⁸. Olması gereken ise, ya belirli bir davranışın emredilmesi, ya belirli bir dav-

36. Yıldırım, *op. cit.*, s.17.

37. Örnek için bkz. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.65.

38. Hans Kelsen, *Théorie générale des normes* (Traduit de l’Allemand par Olivier Beaud ve Fabrice Malkani), Paris, Presses universitaires de France, 1996, s.2.

ranışın yasaklanması, ya belirli bir davranışa izin verilmesi ya da belirli bir davranışa yetki verilmesi demektir³⁹.

Hukukun pozitivist teorisine göre, bir kere, hukuk normunun konusu, yani emredilen şey mutlaka bir insan davranışı olmalıdır. İkinci olarak hukuk normu insan iradesi tarafından konulmuş olmalıdır.

A. NORMUN KONUSU: BEŞERÎ DAVRANIŞ

Hans Kelsen'e göre, norm her şeyden önce insan davranışının düzenlenmesidir⁴⁰. Diğer bir ifadeyle, insan davranışlarını yönlendirmeyi hedeflemeyen bir kural normatif niteliğe sahip olamaz⁴¹. Bu sadece medeni toplumlar için doğruymuş gibi görünmektedir. Kelsen'in belirttiği gibi, ilkel toplumlarda, hukuk düzeninin insan davranışlarını düzenlediği gibi, hayvanların, bitkilerin ve hatta cansız nesnelerin davranışlarını da düzenlediği görülmektedir⁴². İşte bu şekilde Kitab-ı Mukaddes'te insan öldüren öküzün ceza niteliğinde ölüme mahkum edileceği yolundaki şu kural konulmuştur:

“Ve eğer, bir öküz bir erkeği yahut bir kadını süserse, ve o ölürse, öküz mutlaka taşlanacak, ve onun eti yenilmeyecektir”⁴³.

Keza antik çağda, insanların kendileriyle öldürüldüğü taş ve her türlü nesnenin yargılanması için özel bir mahkeme mevcuttu⁴⁴. Dahası Orta Çağda, hayvanlara karşı, örneğin bir insanı öldüren boğaya yahut ürüne zarar veren çekirgelere karşı dava açmak mümkündü.

39. *Ibid.*

40. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit* (Traduction française de la 2e édition de la “Reine Rechtslehre” par Charles Eisenmann), Paris, Dalloz, 1962, s.7, 43; Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.37; Hans Kelsen, “Quel est le fondement de la validité du droit?”, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, juillet - septembre 1956, s.161.

41. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.43.

42. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.115.

43. *Kitab-ı Mukaddes*, *Tevrat-ı Şerif yahut Eski Ahit*, Çıkış, Musa'nın İkinci Kitabı, Bap 21, Ayet 28 (İstanbul, Kitab-ı Mukaddes Şirketi, İstanbul 1981, s.75).

44. Cf. Démostène, *Contre Aristocrates*, 76; Platon, *Lois*, 873; Aristote, *Constitution d'Athènes*, başlık 577'den alıntılan Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.115.

Suçlanan hayvan hukukî biçimde mahkum ediliyor ve suçlu bir insan gibi cezası infaz ediliyordu⁴⁵.

Buna karşın modern hukuk düzenleri sadece insan davranışlarını düzenlemekle yetinirler. Ne var ki bu, insanların hayvanlara karşı, insanların çevreye karşı, insanların bitkilere karşı, insanları tarihi eserlere karşı davranışlarının düzenlenemeyeceği anlamına gelmez. Bir hukuk düzeni hayvanlara kötü muamele yapılmasını, şu ya da bu tip hayvanların öldürülmesini, keza çevreye zarar verilmesini, belirli tip ağaçların kesilmesini yasaklayabilir. Böyle hükümlerle hayvanlar veya cansız nesnelere korunur. Ama bu tip normların düzenlediği şey yine insan davranışlarıdır⁴⁶.

Örneğin, Türk Ceza Kanununun 577'nci maddesine göre,

“bir kimse hayvanlara karşı insafsızca hareket eder veya lüzumsuz yere döver veya lüzumsuz yere yaralar veya aşikar surette haddinden fazla yorulacak derecede zorlarsa ... liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olur”.

Bu hüküm, her ne kadar hayvanların korunmasını amaçlasa da, düzenlediği konu hayvanlar değil, insanların bu hayvanlara karşı olan davranışlarıdır.

Burada şunu da belirtmek gerekir ki, hukuk normunun konusu insanın kendisi değil, belirli bir davranıştır. Genelde hukuk ve ahlâk normlarının *muhatabının* insan olduğu söylenir. Bu normun konusunun bir insan olduğu anlamına değil, normun emrettiği davranışın bir insan davranışı olduğu anlamına gelir. Bir norma aykırı olan şey insan değil, insanın davranışlarıdır. Norma uyulması veya normun ihlâli iyi veya kötü olarak nitelenirse, bu nitelik bir insanın niteliği değil, bir insan davranışının niteliğidir. Bir insan iyi veya kötü değil, onun davranışı iyi veya kötüdür⁴⁷.

İnsan, normun emrettiği beşerî davranışın sujesi veya objesi olabilir. Örneğin hırsızların cezalandırılmasını emreden normda, cezalandırmayı gerçekleştiren görevli cezalandırma hareketinin sujesi; cezalandırılan kişi ise objesidir. Keza adam öldürmeyi yasaklayan

45. Karl Von Amira, *Tierstrhafen und Tierprozesse*, Innsburck, 1891'den alıntılan Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.116.

46. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.116.

47. *Ibid.*, s.116-117.

normda yasaklanan hareketin sujesi adam öldüren insan (katil), bu davranışın objesi ise öldürülen insan (maktul) dır. İşte normun emrettiği veya yasakladığı beşerî davranışın konusu insan olabileceği gibi insan dışı bir varlık da olabilir. Bir norm, insanların öldürülmesini yasaklayabileceği gibi, belirli hayvanların öldürülmesini de yasaklayabilir; yahut yıkılmaya meyyal bir binanın yıkılmasını da emredebilir. Bu örneklerin gösterdiği gibi, yasaklanan veya emredilen beşerî davranışın *konusu* insan, hayvan veya cansız bir nesne olabilir; ama bu davranışın sujesi, yani bu davranışı gerçekleştiren varlık mutlaka insandır⁴⁸.

Hukuk normlarının düzenlediği insan davranışı, olumlu bir eylem veya bir şeyi yapmaktan çekinme niteliğinde olumsuz bir eylem olabilir⁴⁹. Belirli bir davranışı *emreden* bir norm, o davranıştan kaçınmayı *yasaklar*. Belirli bir davranıştan kaçınmayı *emreden* bir norm, bu davranışı *yasaklar*. “Yalan söyleme” ve “yalan söylemekten çekin” arasında bu tür bir ilişki vardır. Bir davranışın yasaklanması, ondan çekinilmesi emridir. Bir davranışın emredilmesi ondan kaçınılmasının yasaklanması anlamına gelir⁵⁰.

Kelsen’in belirttiği gibi, bir insanın diğer bir insan yahut insanlar karşısındaki hukuken düzenlenen davranışı, bireysel veya kolektif bir ilişkiye dayanabilir. Örneğin, borçlunun belirli bir miktar parayı alacaklıya ödemesini emreden hukuk kuralı bireysel bir ilişkiye dayanır. Buna karşın, askerlik hizmeti mecburiyetini getiren kural, bir bireyin diğer bir bireye karşı olan davranışını değil, ama toplum karşısında davranışını düzenler. Bu ikinci halde kolektif bir ilişki söz konusudur⁵¹.

Bir işlemin normatiflik niteliği kazanabilmesi için herşeyden önce beşerî bir davranışı düzenlemesi gerekir. O halde yetkili organca usulüne uygun olarak konulmuş bir metinde bulunan herşey bazen bir norm olmayabilir. Zira yetkili organın koyduğu önerme hiçbir şekilde bir beşerî davranışı düzenlemiyor olabilir⁵². Bu anlamda Kel-

48. *Ibid.*, s.117.

49. *Ibid.*, s.119.

50. *Ibid.*

51. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.45.

52. Michel Troper’in 25 ve 26 Mayıs 1989 tarihlerinde Conseil constitutionnel de yapılan “La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen en 1789” konulu

sen, hukuken “anlamsız (*irrelevant*)” işlemlerden bahsetmektedir⁵³. Buna göre, örneğin belirli bir dinî veya siyasî teoriyi veya hukukun Tanrı’dan geldiğini, kanunun adil olduğunu, halkın çıkarına hizmet ettiğini ifade eden bir kanun, her ne kadar anayasaya uygun olarak kabul edilmiş olursa olsun bir norm özelliği gösteren muhtevaya sahip değildir ve bu nedenle hukuken anlamsızdır (*irrelevant*), hiçbir şekilde normatif nitelikte değildir, dolayısıyla geçersizdir.

Georges Vedel’in verdiği bir örneğe göre, “güneş her mevsim sabah saat altıda doğar” hükmünü koyan bir önerme hiçbir şekilde bir hukuk normu olamaz. Zira, onun normatiflik niteliği eksiktir⁵⁴. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, normatiflik niteliğinin eksikliği Yann Aguila’nın sandığı gibi, böyle bir kuralın, ona uymayan güneşin davranışını denetlemeye imkân vermemesinden⁵⁵ değil; kuralın konusunun insan hareketi değil güneşin hareketi olmasındandır. Zira güneşin doğacağı saatleri gün gün saptayıp belirten bir kural da bir norm olamazdı.

Kelsen’in belirttiği gibi, bir normun geçerliliğinden bahsedebilmek için her şeyden önce bu norma aykırı davranış imkânının mevcut olması gerekir. “Bir doğa yasası gereği önceden gerçekleşeceği bilinen bir olgunun olmasını emreden bir norm, bir doğa yasası gereği gerçekleşmesi imkânsız olan bir şeyi emreden norm kadar anlamsızdır”⁵⁶.

Michel Troper, bir kuralın normatiflikten mahrum olma haline, Fransa’dan Tanrı’nın varlığını ve ruhun ölümsüzlüğünü ilân eden *Convention décret*’sini örnek göstermektedir⁵⁷. Bu konuda keza,

kollokta bir soru üzerine verdiği cevap, in *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, Paris, P.U.F., 1989, s.32.

53. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.71.

54. Georges Vedel, “Place de la Déclaration de 1789 dans le ‘bloc de constitutionnalité’”, *La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen et la jurisprudence*, (Colloque des 25 mai et 26 mai 1989 au Conseil constitutionnel), Paris, P.U.F., 1989, s.54.

55. Yann Aguila, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1994, s.13.

56. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.154.

57. Troper’in 25 ve 26 Mayıs 1989 tarihlerinde Conseil constitutionnel de yapılan “La Déclaration des droits de l’homme et du citoyen en 1789” konulu kollokta

Fransız 1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Beyannamesinin başlangıcının Tanrı'nın varlığına telmihte bulunması zikredilebilir⁵⁸:

“Millî Meclis, Yüce Varlığın (*Etre suprême*)⁵⁹ huzurunda ve onun yardımıyla aşağıdaki İnsan ve Yurttaş haklarını tanır ve ilân eder”⁶⁰.

1906 tarihli eski İran Anayasasının “İmam-Zamane'nin bir an önce zuhurunu” temenni eden 2'nci maddesi⁶¹ de normatiflikten mahrumdur.

B. NORMUN KOYUCUSU: BEŞERÎ İRADE

Norm insan iradesi tarafından konulan bir şeydir⁶². Dolayısıyla beşerî irade⁶³ tarafından konulmayan bir şey norm olamaz⁶⁴. Bu şu anlama gelir ki, bir irade tarafından, en azından bir insan iradesi tarafından konulmayan tabîî hukukun ilkeleri birer hukuk normu değil-

bir soru üzerine verdiği cevap, in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et la jurisprudence, op. cit.*, s.32.

58. Bu konuda şu ilginç makaleye bakılabilir: Thibaut Celerier, “Dieu dans la Constitution”, *Les Petites affiches*, 5 juin 1991, n° 67, s.15-20. Yazar, 1958 Fransız Anayasasının da 1789 Bildirgesine atıfta bulunduğundan bu Anayasanın “*déiste*” bir anayasa olduğu sonucuna varmaktadır (*Ibid.*, s.20).
59. “Yüce Varlık (*Etre suprême*)” ile Tanrı kastedilmektedir. *Petit Robert*'e göre *Etre suprême* dinî anlamda Tanrı demektir.
60. Server Tanilli'nin çevirisi (*Anayasalar ve Siyasal Belgeler*, İstanbul, Cem Yayınevi, İstanbul, 1976, s.451).
61. Amos J. Peaslee, *Constitutions of Nations*, The Hague, Martinus Nijhoff, (Dorothy Peaslee Xydis tarafından hazırlanan üçüncü baskı), Cilt II: “Asia, Australia and Oceania”, 1966, s.453.
62. Zeki Hafizoğulları bu hususu, “Hukuk, bir irade tezahürüdür” demekle açıklamaktadır. Bkz. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.5.
63. Zeki Hafizoğulları'nın “laiklik” kavramını “hukukun kaynağının beşerî irade olması” olarak tanımlaması bu bakımdan anlamlıdır (Zeki Hafizoğulları, “Laiklik ve TCK'nın 163. Maddesi Üzerine”, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, Cilt XLII, Ocak-Aralık 1987, Sayı 1-4, s.204; Zeki Hafizoğulları, *Laiklik, Düşünce ve İfade Hürriyeti*, Ankara, US-A, Yayıncılık, 1997, s.23).
64. Norberto Bobbio, “Kelsen et les sources du droit”, *Revue internationale de philosophie*, 1981, n° 138, s.475. Bu konuda Kelsen şunu yazıyor: “Hukuk düzeni, beşerî irade, yani yasama, yargı ve idarî yoldan veya beşerî varlıkların eylemleriyle oluşan örf ve adetler tarafından yaratılan normlardan oluşan zorlayıcı bir düzendir” (Hans Kelsen, “Positivisme juridique et doctrine du droit naturel”, *Mélanges Jean Dabin*, Bruxelles, Emile Bruylant, Paris, Sirey, 1963, s.141).

dirler⁶⁵. Norm insan iradesinin bir ürünüdür; norm kavramı irade kavramını varsayar⁶⁶. Norm koyan irade yoksa norm da yoktur⁶⁷.

Yukarıdaki açıklamalardan çıkmaktadır ki, bir normun var olabilmesi için normu koyan ve normun muhatabı olmak üzere en az iki kişi gerekir. Birisi emri verir, yani normu koyar, diğeri ise emri alır, yani normun muhatabıdır. Emri veren bir şeyin yapılmasını *ister*, emri alan ise bir şey yapmalıdır. Yani bir yandan “*amir*”⁶⁸*siz emir yoktur (pas d’impératif sans un imperator)* ve diğeri yandan “*memur*”⁶⁹*suz emir yoktur (pas d’impératif sans un imperatus)*⁷⁰. Açıkçası, normu koyan otorite ve normun muhatabı olmaksızın norm olamaz⁷¹.

Bununla beraber, Hans Kelsen bu iradenin bizatihi norm yarattığını kabul etmemektedir. O’na göre “normu”, onu koyan irade tasarrufundan ayırmak gerekir⁷². Zira, norm, bu irade tasarrufunun “özümlü anlamı (*signification spécifique*)”dır. Gerçekten de norm “olması gereken (*Sollen*)”, irade tasarrufu ise “olan (*Sein*)”dır⁷³. Diğeri bir ifadeyle emir verme fiili ile bu fiilin anlamı olan emri birbirinden ayırmak gerekir⁷⁴. Örneğin, “A istiyor ki B şu şekilde davranın” önermesinde ilk kısım (A’nın istemesi) bir *Sein*’e, yani irade tasarrufunun gerçek olgusuna (*Seins-Tatsache*); ikinci kısım ise bir *Sollen*’e, yani bu irade tasarrufunun *anlamı*⁷⁵ olan norma tekabül eder⁷⁶.

65. Michel Troper, “Le positivisme comme théorie du droit”, Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s.273.

66. Hans Kelsen, *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel, 1973, s.216-227 in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut ve Michel Troper (sous la direction de-) *Le positivisme juridique*, Bruxelles et Paris, E.Story-Scientia et L.G.D.J., 1992, s.295.

67. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.4.

68. “Emir veren” anlamında kullanıyoruz.

69. “Emir alan” anlamında kullanıyoruz.

70. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.36-37.

71. *Ibid.*

72. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.7.

73. *Ibid.*

74. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.33.

75. Aslında burada Kelsen’in teorisinde bir irade tasarrufunun objektif ve subjektif anlamları arasındaki farka kısaca değinmek gerekir. Zira, Kelsen’e göre,

O halde norm, bir insan iradesi işleminin anlamıdır. Bu anlam, bir “olması gereken (*Sollen*)”de tahlil edilir. Bu daima bir şeyin olması *gerektiği*, özellikle de bir insanın belirli bir şekilde davranması *gerektiği* anlamına gelir⁷⁷. Diğer bir deyimle, norm, başka birini harekete geçirmeyi amaçlayan belirli insan tasarruflarının anlamıdır⁷⁸. İnsan tasarrufları, bu amaçla şu üç şekilde ortaya çıkar: (1) Belirli bir davranış emredilir. (2) Belirli bir davranışa izin verilir. (3) Belirli bir davranışa yetki verilir⁷⁹. Kelsen, bu üçüne (emir, izin ve yetkilendirme), *Normların Genel Teorisi*'nde “üç normatif fonksiyon” ismini verir⁸⁰. Kelsen bu “üç normatif fonksiyon”a “ilga etme”yi de katar⁸¹.

sübjektif anlamı norm olan bir işlem, yani bir kimsenin belirli bir şekilde davranması gerektiği fikri, objektif olarak norm olmayabilir. Bir haydudun size cüzdanınızı ona vermenizi emretmesi durumunda, bu eylemin sübjektif anlamı sizin onun istediğini yapmanızdır. Fakat siz bu işlemi bağlayıcı bir hukuk normunun objektif anlamına sahipmiş gibi yorumlamayacaksınız (Kelsen, “Quel est le fondement de la validité du droit?”, *op. cit.*, s.162). Bu nedenle, burada normatiflik sorunu altında bir işlemin sübjektif anlamı incelenmektedir; bu işlemin objektif anlamı daha sonra, dar anlamda geçerlilik sorunu altında ele alınacaktır. Diğer bir anlatımla, bir irade işleminin sübjektif anlamı bir normatiflik problemi olduğu halde, bu işlemin objektif anlamı dar anlamda geçerlilik kavramıdır. Şimdilik sadece, objektif anlamın bir iradeden, ya da bir süjenin niyetinden değil, sadece yüksek bir normdan geldiğini belirtmekle yetinelim.

76. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.7.

77. *Ibid.*, s.6.

78. *Ibid.*

79. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.6; Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.126.

80. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.126.

81. *Ibid.*, s.139. Kelsen'e göre, ilga, bir normun geçerliliğine bir başka normla son verilmesidir. İlga edici bir norm, herhangi bir şey emretmez, herhangi bir şeye izin vermez, herhangi bir şeye yetki vermez. İlga zaman bakımından normların geçerliliği ile ilgilidir (*Ibid.*, s.139-140). Yine Kelsen'e göre, ilga edici bir normun ilga edilmesi mümkün değildir. Çünkü ilga edici norm yürürlüğe girince ilga ettiği norm yürürlükten kalkar ve ilga edici norm da amacını gerçekleştirdiğinden fonksiyonunu tamamlamış olur, dolayısıyla geçerliliğini kaybeder. Zaten geçerliliğini kaybetmiş bir normun tekrar ilga edilmesi mümkün değildir. Eğer ikinci bir ilga edici norm çıkarıp bu ilga edici normun ilga edilmesi öngörülüyorsa, ilk ilga edilen norm otomatik olarak yürürlüğe girmez. Zira o normun geçerliliği çoktan sona ermiştir. Böyle bir norm hukuken yoktur. Eğer ilga edilmiş ilk normun düzenlediği davranış tekrar emredilmek isteniyorsa yapılması gereken şey, ilga eden normu ilga etmek değil, ilga edi-

Görülüyor ki Kelsen “olması gerekme (*solllen*)” fiiline onun olağan anlamından daha geniş bir anlam yüklemektedir. Günlük dilde, “olması gerekme (*solllen*)” fiili sadece bir emre tekabül eder. Ama Kelsen’in kullandığı şekilde, “olması gerekme (*solllen*)” terimi sadece bir emre değil, aynı zamanda bir izne ve yetkilendirmeye teka-bül eder. Başka bir deyişle, “olması gerekme (*solllen*)” aynı zaman-da “bir şeye hak sahibi olmayı (*dürfen*)” ve “bir şeyi yapma iktidarına sahip olmayı (*können*)” da içerir. Zira bir norm, emredebileceği gibi, izin veya yetki de verebilir⁸².

Sonuç olarak, “olması gerekme (*solllen*)” terimi, bir başkasının davranışını etkilemeye niyet eden her işlemin normatif anlamını ifade eder⁸³. Dolayısıyla bir norm, belirli bir davranışı emreden, belirli bir davranışa izin veren ve özelde belirli bir davranışın yapılmasını yetkilendiren bir işlemdir⁸⁴.

Son olarak şu da belirtilebilir ki anlamı norm olan işlemler çok değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Bir el kol hareketiyle: Örneğin trafik polisinin bir kolunu kaldırmasıyla durmak, diğer kolunu kaldırmasıyla hareket etmek emredilmektedir. İşaretlerle: Kırmızı ışık sürücülere durmayı, yeşil ışık hareket etmeyi emretmektedir. Söylenen ya da yazılan kelimelerle: “Sus” gibi emir kipinde bir emir verilebileceği gibi, “sana susmanı emrediyorum” gibi bildirme kipinde de emir verilebilir⁸⁵. Ama her halükarda, bir norm daima bir *Sollen*, yani bir emir (*ordre*), veya bir izin (*permission*) ve yahut bir yetkilendirme (*habilitation*) ihdas eder⁸⁶.

Bir kuralın normatifliğini saptarken dikkat edilecek en önemli konu, bu kuralın *normatifliği* ile o kuralın içeriğinin *belirsizliğini* (*imprécision*) karıştırmamak gerekir. Bir norm, belirsiz olabilir, ama normatifik karakterinden yoksun değildir.

len norm ile aynı içerikte bir ikinci norm koymaktır. Ama bu halde dahi, ilga edilen norm ile yeni kabul edilen norm aynı norm değildir. Zira içerikleri aynı olsa da geçerlilikleri tamamen farklıdır (Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.140-141). İlga konusunda bkz. Gözler, *Hukuka Giriş, op. cit.*, s.227-229.

82. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.7.

83. *Ibid.*

84. *Ibid.*

85. *Ibid.*, s.9-10.

86. *Ibid.*, s.10.

Normun konusu olan emir hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş bir emir olmalıdır. Bir soyguncunun silahını dayayıp sizden cüzdânınızı ona vermesini emretmesi bir “hukuk normu” olarak yorumlanamaz. Zira soyguncu bu konuda hukuk düzeninden bir yetki almış değildir⁸⁷. Dolayısıyla, bir emrin hukuk normu olabilmesi için yetkili biri tarafından verilmesi gerekir. Ancak bu sorun hukuk normunun geçerliliği sorunuyla ilgilidir. Biz bunu biraz sonra göreceğiz.

Şimdi normatiflik konusunda yaptığımız bu genel açıklamaların ışığında, anayasa hükümlerinin normatifliğini inceleyelim.

Anayasa Hükümlerinin Normatifliği

Yukarıdaki açıklamalara paralel olarak, anayasa hükümlerinin normatif nitelikte olabilmeleri için, bir yandan, beşerî davranışları düzenlemeleri gerekir. Diğer yandan ise bu hükümler, beşerî irade tarafından konulmuş olmalıdırlar.

1. Beşerî Davranış.- Anayasa hükümleri, anayasal organların davranışlarını düzenlerler. Anayasal organlar ise daima beşerî varlıklardan oluşmuştur. Bunlar ya *tek kişidir* (örneğin devlet başkanı, başbakan, bakanlar, vs.) ya da birden çok kişiden oluşmuş *kurullardır* (örneğin, parlamento, bakanlar kurulu, vs.). Örneğin, 1982 Anayasasının 104’üncü maddesi Cumhurbaşkanının belirli durumlarda nasıl davranması gerektiğini veya davranabileceğini düzenlemektedir. Keza Anayasanın 109’uncu maddesi, Bakanlar Kurulunun kurulması amacıyla Cumhurbaşkanının nasıl davranacağını düzenlemiştir. Anayasanın 111’inci maddesi ise, Başbakanın görev sırasında nasıl güven isteyeceğini düzenlemiştir. Anayasa birden çok kişiden oluşmuş kurulların davranışlarını da düzenlemektedir. Örneğin bu kurullardan en önemlisi 550 kişiden oluşmuş Türkiye Büyük Millet Meclisidir. Meclisin milletlerarası anlaşmaları uygun bulmak, savaş ilân etmek, kanun çıkarmak, hükümeti denetlemek, için nasıl davranması gerektiği Anayasa tarafından düzenlenmiştir. Birden çok kişiden oluşmuş bir kurul olan Bakanlar Kurulunun da belirli durumlarda neler yapabileceği veya yapması gerektiği yine Anayasa tarafından düzenlen-

87. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.34.

miştir. Keza, Anayasa birden fazla kişiden oluşan kurullar olan yüksek mahkemelerinde davranışlarını düzenlemiştir.

Anayasanın bazı hükümlerinin beşerî davranışları düzenlemediği izlenimine kapılmak mümkündür. Özellikle Anayasanın “genel esaslar” başlıklı birinci kısmında yer alan maddeler böyledir. Örneğin Anayasamızın 1’inci maddesi “Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir” demektir. Bu hüküm bir beşerî davranışı düzenlemekte midir? Buna olumlu yanıt vermek gerekir. Zira, Anayasa bu hükmüyle, Türkiye’de devlet başkanı olacak kişinin irsî esaslara göre belirlenmesini yasaklamaktadır. Anayasanın 2’nci maddesinde düzenlenen Cumhuriyetin temel nitelikleri de beşerî davranışları düzenlemektedir. Zira nihayetinde devlet, insanlardan oluşmuş bir varlıktır. İnsanlardan oluşan bu varlığın nitelikleri de beşerîdir. Diğer yandan Anayasanın hükmü, kanunlardan üstün olduğuna göre, beşerî varlıklardan oluşmuş Türkiye Büyük Millet Meclisine yöneltilen bir emir, izin veya yasak görünümündedir. Son tahlilde, Anayasanın 11’inci maddesine göre, “Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları” olduğuna göre, beşerî varlıklara hitap ettiğini söyleyebiliriz.

Bazı anayasalarda dinî nitelikte hükümler vardır. Bunların normatifliğini ayrıca tartışmak gerekir. Cezayir⁸⁸ ve Fas⁸⁹ Anayasaları devletin İslâmî niteliğinin değiştirilemez olduğunu ilân etmektedirler. Kanımızca, bir dinin dokunulmazlığını ilân eden bu tür hükümler normatif karakterden mahrum değildir. Zira onlar, Tanrı tarafından değil, insanlar tarafından konulmuşlardır. Diğer yandan ise, insanların davranışlarını düzenlemektedirler. İnsanların İslâm dinine aykırı kanunlar koymalarını yasaklamaktadırlar. İnsanlar İslâm dinine aykırı kanunlar koyarlarsa, anayasa yargısı organları bu kanunları iptal edebilirler.

88. 22 Kasım 1976 tarihli Cezayir Anayasasının 195’inci maddesi (Texte établi par D. Beke, in F. Reyntjens *et al.* (éds.), *Constitutiones Africae*, Bruxelles - Paris, Bruylant - Pédone, (Publication sur feuilles mobiles), Vol.I (Publication sur feuilles mobiles).

89. 12 Mart 1972 tarihli Fas Anayasasının 101’inci maddesi (Texte établi par A. Claissed ve B. Zgani in Reyntjens *et al.* (éds.), *Constitutiones Africae*, *op. cit.*, Vol.III (Publication sur feuilles mobiles).

Anayasalarda içeriği belirsiz olan pek çok hüküm olabilir. Bir hükmün içeriğinin *belirsizliği*, onun normatif karakterini ortadan kaldırmaz. Özellikle anayasalarda muhtevası tartışmalı birçok hüküm bulunmaktadır. Örneğin, Fransa’da, hükûmetin cumhuriyetçi biçiminin değiştirme yasağının (1958 Anayasası m.89/5) anlamının tartışıldığı zengin bir literatür vardır. 1982 Türk Anayasasından da bu konuda çok örnek verilebilir. Anayasanın 2’nci maddesi, “toplumun huzuru”ndan, “millî dayanışma”dan bahsetmektedir. Keza yine 2’nci madde Anayasanın “başlangıç” bölümüne atıfta bulunmaktadır. Bu bölümde yer alan hükümlerin çoğu ise belirsizdir. Fakat, Anayasa Mahkemesi, bu belirsiz olduğu düşünülen hükümlerin içeriklerini belirginleştirebilir. Örneğin ulusal felaketler konusunda çıkarılacak bir kanunu, Anayasanın 2’nci maddesinde geçen ve içeriği tartışmalı olan “millî dayanışma” ilkesine veya başlangıçta geçen “Türk vatandaşlarının... millî sevinç ve kederde... ortak olduğu” yolundaki hükme dayanarak denetleyebilir. Örnekte de görüldüğü gibi, bir hükmün belirsizliği onun normatif niteliğini ortadan kaldırmaz. İçerikleri belirsiz olan anayasal hükümler dahi Anayasa Mahkemesinin denetiminde referans norm görevi üstlenebilirler.

2. Beşerî İrade.- Anayasa hükümlerinin normatif nitelikte olmaları için ikinci şart, bunların beşerî irade tarafından konulmuş olmaları gerekir.

Anayasa hükümleri kurucu iktidar tarafından konulmuşlardır. Kurucu iktidar, ya bir insandan yada birden fazla insandan oluşan bir beşerî gruptur. 1982 Anayasası, 12 Eylül 1980 Askeri Müdahalesini yapan beş kişiden oluşan Millî Güvenlik Konseyi ve onun seçtiği Danışma Meclisi tarafından hazırlanmış ve 7 Kasım 1982 tarihinde yapılan halkoylaması ile kabul edilmiştir. Millî Güvenlik Konseyi de, Danışma Meclisi de, halkoylamasına katılıp oy veren seçmen topluluğu da insanlardan oluşmuştur.

Bazı anayasalar kendilerinin Tanrı tarafından konulduğunu veya Tanrının yardımıyla konulduğunu ilân edebilirler. Ancak, buna rağmen bu anayasaları koyan güç, yine de beşerî bir güçtür. Anayasanın Tanrı tarafından konulduğunu dahi bir beşerî irade ilân etmektedir.

Sonuç olarak, anayasa hükümlerinin, bir yandan insan davranışlarını düzenlediğini, diğer yandan ise insan iradesi tarafından konulduklarını söyleyebiliriz. O halde anayasa hükümleri, geçerli olmak

için gerekli olan ikinci şart olan normatiflik şartını yerine getirmektedirler.

III. HUKUKÎLİK

Şimdiye kadar işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerliliğini araştırırken ilk önce maddî olarak *var* olması gerektiği, ikinci olarak da *normatif* nitelikte olması gerektiğini gördük. Bu iki ön koşul *gerekli*, ama *yeterli* olmayan koşullardır. Madden mevcut olan ve normatif niteliğe sahip her norm, *hukuk* normu değildir. Sosyal, ahlâkî, dinî vs. nitelikteki normlar da normatif karakterdedir. O halde anayasa hukuku normu olarak geçerli olması için bir normun, sosyal, ahlâkî, dinî vs. değil; ama “hukukî” nitelikte olması gerekir. Dolayısıyla, hukuk normlarını diğer norm kategorilerinden ayırmak gerekir. Ama nasıl? Hukuk normlarını, hukukî olmayan normlardan ayıran ölçütler nelerdir? Diğer bir ifadeyle, bir norma hukukîlik vasfını ne verir?

Böylece burada bir normun *hukukîliği* sorununa gelmiş oluyoruz.

Hukukîlik (*juridicité*), bir hukuk kuralını diğer sosyal davranış kurallarından ayıran özellik olarak tanımlanabilir⁹⁰. Diğer bir anlamıyla hukukîlik, bir norma “hukukî” olma vasfını veren şeydir⁹¹. O halde bir norma hukukî olma vasfını ne verir? Yani, diğer beşerî davranış kurallarından hukuk normunu ayıran kriter nedir? Tek kelimeyle *hukukîliğin ölçütü* nedir?

A. BİR NORMUN HUKUKÎLİĞİNİN KRİTERİ

Michel Troper, bir normun hukukîliğini tespit için önerilen kriterlerin bir dökümünü yapmaktadır⁹². Örneğin normun konusundan çıkarılan bir ölçüte göre, hukuk normu, sosyal eylemlerin sùjeler arası ilişkisinin düzenlenmesi olarak tanımlanmaktadır. Böylece hu-

90. Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, s.175.

91. Cf. Paul Amselk, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit: essai de phénoménologie juridique*, (Thèse pour le doctorat en droit, Université de Paris, Faculté de Droit et des Sciences économiques), Paris, L.G.D.J., 1964, s.217.

92. Michel Troper, “Norme (en théorie du droit)”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.407.

kuk normu, diğerlerine hak vermeksizin yalıtılmış bir süyeye borç yükleyen ahlâk normundan ayrılır. Ama bu ölçüt, hukuk normunu sosyal normdan ayırmaz⁹³.

Normun amacından çıkarılan ikinci bir kritere göre ise, hukuk normu toplumun korunması amacını güder. Ama bu kriter, bu amacı gerçekleştirmek için neyin asıl olduğuna değinmez⁹⁴.

Normu koyan süjeden çıkarılan bir üçüncü kritere göre ise, hukuk normu egemen iktidar ve onun vekilleri tarafından konulan normdur. Fakat, hukuk normunu koyanların egemenler olduğunu söylemek bir yana bırakılırsa, bu egemenleri saptamanın basit bir yolu yoktur⁹⁵.

Normun adalete uygunluğundan çıkarılan bir dördüncü kritere göre ise, hukuk normu adalete uygun olandır. Ama, bir normun adalete uygun olup olmadığını belirleyecek bir kriter yoktur⁹⁶.

Norma uyulmaması halinde uygulanan müeyyide biçiminden çıkarılan bir başka kritere göre ise, hukuk normu, dış ve kurumlaşmış bir müeyyide ile donatılmış olan normdur⁹⁷.

Nihayet normun bir hukuk düzenine aidiyetinden çıkarılan bir sonuncu kritere göre, hukuk normu, belirli bir hukuk düzenine ait olan normdur⁹⁸.

Biz burada sadece son iki kriteri tartışacağız.

1. Müeyyide Kriteri: Hukuk Normu Müeyyideye Bağlanan Normdur

Bu kritere göre hukuk normu müeyyideye bağlanan bir normdur. O halde müeyyide (*sanction*) nedir?

Müeyyide, normun ihlâlüne bir tepki olarak gösterilen bir “cebiri (zorlama, zecir, *constraint*)”dir. Bununla birlikte müeyyide, herhangi bir cebiri değil, sadece sosyal yapı tarafından meydana getirilen ce-

93. *Ibid.*

94. *Ibid.*

95. *Ibid.*

96. *Ibid.*

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*

birdir⁹⁹. Michel Virally'nin belirttiği gibi, bu cebir, “sosyal olarak örgütlenmiş, yani hukuk tarafından tanımlanmış ve hukuk normunun emrettiği şeyi ihlâl eden harekete yöneltilmiştir”¹⁰⁰.

Paul Amselek'in çok iyi bir şekilde gösterdiği gibi, normun hukukîliğinin müeyyideyle tanımlanması savunulamaz bir tezdır. Zira, bu tanıma göre, “hukukîliği” belirleyen herhangi bir müeyyide değil, “sosyal olarak örgütlenmiş” bir müeyyidedir. Ama müeyyidenin bu “sosyal örgütlenişi”, aslında onun “hukukî örgütlenişi”nden başka bir şey deđildir¹⁰¹. Böylece Amselek'in belirttiği gibi, bir kısır döngüye düşölmektedir:

“Hukuk kuralı, hukukî olmayan diğer kurallardan farklı olarak, kendisi için müeyyidelendirici bir mekanizmanın bulunduğu bir kuraldır, ama hukuk kuralını nitelendirecek bu mekanizma bizatihi bir hukuk kuralı tarafından ihdas edilmiştir. Kaçınılmaz olarak söz konusu ‘müeyyide’ belirli hukuk kurallarının içine sokulmakta ve böylece müeyyide hukuk kurallarının nitelendirici bir dış unsuru olamamaktadır. Hukuk kuralı neticede hukuken müeyyidelendirilmiş kuraldır”¹⁰².

Gerçekten de, Jean-François Perrin'in belirttiği gibi, “müeyyide başka bir normun hizmetinde bir normdur”¹⁰³.

Böylece Kelsen'nin kriterine, yani hukuk normunun belirli bir hukuk düzenine aidiyeti kriterine gelmekteyiz.

2. Aidiyet Kriteri: Hukuk Normu Belirli Bir Hukuk Düzenine Ait Olan Normdur

Her şeyden önce Kelsen'in teorisinde “hukukîlik” ile “geçerlilik” kavramları arasında fark bulunmadığını söylemek gerekir. Gerçekten de Hans Kelsen, bir normun *hukukîliğini* onun *geçerliliği*, yani o

99. Jean-François Perrin, *Pour une théorie de la connaissance juridique*, Genève Librairie Droz, 1979, s.85.

100. Michel Virally, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1961, s.68.

101. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., s.222. Keza Michel Virally de yaptırımı aynı şekilde tanımlamaktadır: “sosyal olarak örgütlenmiş, yani hukuken tanımlanmış bir yaptırım...” (Virally, *La pensée juridique*, op. cit., s.68. İtalikler bize ait).

102. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, op. cit., s.222.

103. Perrin, op. cit., s.93.

normun hukuk düzenine *aidiyeti* ile tanımlamaktadır. Diğer bir anlamıyla bir norm hukukî ise geçerlidir, yani belirli bir hukuk düzeninin parçasıdır.

O halde Kelsenci anlayışta, bir normun geçerliliğini açıklamak, o normun hukukîliğini açıklamak anlamına gelir. Daha ileride Kelsenci teoride bir normun geçerliliğinin temeli sorununu göreceğiz. Bu nedenle burada sadece Kelsen'e göre, eğer bir norm geçerli ise, yani belirli bir hukuk düzenine ait ise, onun hukukî olduğunu söylemekle yetinelim. Diğer bir deyişle, bir normun hukukîliği onun geçerliliğiyle ve geçerliliği ise onun belirli bir hukuk düzenine aidiyetiyle tanımlanır. Kısaca bir norm, bir "hukuk" düzenine ait ise hukukîdir. Ama bu halde söz konusu normatif düzenin hukukîliğini tanımlamak gerekir. Zira, mevcut normatif düzenler, hukuk düzeninden ibaret değildir; sosyal ahlâkî ve dinî normatif düzenler de vardır.

Böylece bir normatif düzenin hukukîliği sorununa ulaşmaktayız.

B. BİR NORMATİF DÜZENİN HUKUKÎLİĞİ KRİTERİNİN ARAŞTIRILMASI

Bir normatif düzenin hukukîliğini nasıl saptayabiliriz? Yani bir *hukuk* düzeni nedir?

Bir hukuk düzeni her şeyden önce normatif bir düzendir. Hans Kelsen normatif düzeni, "geçerliliği aynı temele dayanan bir normlar sistemi" olarak tanımlamaktadır¹⁰⁴. Ama daha önceden de belirttiğimiz gibi, mevcut olan normatif düzenler hukuk düzeninden ibaret değildir; ahlâkî, sosyal, dinî vs. normatif düzenler de vardır. O halde nasıl ve hangi ölçütlerle bir hukuk düzenini, dini, ahlâkî vs. nitelikteki başka normatif düzenlerden ayırabiliriz? Diğer bir ifadeyle, normatif bir düzene hukukîlik niteliğini veren şey nedir? Tek kelimeyle, *bir normatif düzenin hukukîliğinin kriteri nedir?*

Kelsen'i izleyerek hukuk düzeninin *ayırıcı özellikleri* olarak şu noktalar ortaya konabilir.

104. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.43.

1. Hukuk düzenlerinin ilk ayırıcı özelliği, onların *beşerî davranış düzenleri* olmalarıdır. Yani hukuk düzeninin normları insan davranışlarını düzenlerler¹⁰⁵.

2. Hukuk düzenlerinin ikinci ayırıcı özelliği, onların *cebir* (*zorlama, zecir, contrainte*) *düzenleri* olmalarıdır. Bu şu anlama gelir ki, hukuk düzenleri, bazı istenmeyen durumlara ve özellikle sosyal olarak zararlı olduğu kabul edilen insan davranışlarına karşı bir *cebir işlemi* (*acte de contrainte*) ile karşılık verir. Cebir işlemiyle, yaşama son verilmesi, sağlığa zarar verilmesi, özgürlüğün kısıtlanması, malların müsaderesi gibi bir kötülüğün, normu ihlâl edene, onun iradesi hilâfına, gerekirse fizikî güç kullanarak uygulanması anlatılmak istenmektedir¹⁰⁶.

Böylece hukuk düzeni, *beşerî davranışının cebirî düzeni* olarak tanımlanabilir. Hukuk düzeni, *cebir düzeni* (*ordre de contrainte*) olmasıyla, diğer sosyal düzenlerden ayrılır. Cebir unsuru, nihâî kriterdir¹⁰⁷.

Hukuk *cebir* düzenidir. Ama, herhangi bir *cebir* değil, *müeyyide niteliğine sahip olan* bir *cebir*dir. Müeyyide de bir *cebir işlemi*, yani bir şiddetin uygulanmasıdır. Ne var ki, müeyyide diğer *cebir* işlemlerinden farklı olarak, sosyal bakımdan istenmeyen bir duruma ve özellikle sosyal bakımdan zararlı bir *beşerî davranışa* karşı tepki olarak *hukuk düzeni tarafından izin verilen güç kullanımı*dir¹⁰⁸. Diğer bir ifadeyle, *müeyyide hukuk düzeni tarafından ihdas edilmiş bir cebirdir*¹⁰⁹.

Öte yandan, *müeyyide sadece hukukî topluluğa atfedilebilir*. Yani, yalnızca hukuk düzeni tarafından yetkilendirilen kişiler ve organlar, bu düzen tarafından öngörülen koşullara uygun olarak *cebir işlemlerini icra* edebilirler. O halde, bu anlamda denilebilir ki, “*cebrîn icrası hukuk topluluğunun tekelindedir*”¹¹⁰.

105. *Ibid.*

106. *Ibid.*, s.46.

107. *Ibid.*, s.48.

108. *Ibid.*

109. *Ibid.*, s.57: “Müeyyide kavramı hukuk düzeni tarafından öngörülen tüm *cebir işlemlerine* kapsatılabilir”.

110. *Ibid.*, s.50.

Son olarak belirtmek gerekir ki, *hukuk düzeni olarak kabul edilen cebir düzeni, diğer cebir düzenlerinin hepsinden daha etkilidir.* Hukuk düzeni ile bir haydut çetesinin düzeni arasındaki fark bu noktada toplanmaktadır. Ama eğer, böyle bir cebir düzeni (mesela bir haydut çetesi), kendi geçerlilik alanını, belirli bir toprak üzerinde sınırlandırır ve bu toprak parçası üzerinde tüm diğer cebir düzenlerini saf dışı edecek derecede etkili olursa, o mükemmel bir hukuk düzeni ve onun tarafından kurulan topluluk –dışa karşı pozitif uluslararası hukuk tarafından suç olarak görülen bir faaliyette bulunsa bile –, bir “devlet” olarak kabul edilir¹¹¹.

Aslında bu şaşırtıcı bir şey değildir. Devlet düzeniyle diğer cebir düzenleri arasındaki fark, uyguladıkları cebirî niteliğine ilişkin değil, niceliğine ilişkindir. Bilindiği gibi devletin, insan, toprak ve egemenlik olmak üzere üç unsuru vardır. Belirli bir insan topluluğunun belirli bir toprak parçası üzerinde kendi devletlerini kurabilmesi için bu toprak parçası üzerinde o insanların egemen olması gerekir. Bu ise cebir kullanmak ile mümkündür. Her devlet bu anlamda kuruluş safhasında nitelik olarak bir çete örgütünden farksızdır. Devleti çete örgütünden farklı kılan şey, sanıldığı gibi meşruluğu vs. değil, uyguladığı cebirî büyüklüğüdür. Eğer bir çete örgütü de devleti cebir kullanılarak yenebiliyorsa, o çete örgütünü bir devlet ve çetenin kurallarını da geçerli hukuk kuralı olarak kabul etmek gerekir.

Aziz Augustinus, *De Civitate Dei*'nin Dördüncü Kitabının Dördüncü Bölümünde krallıklarla haydut çetelerinin mükemmel bir karşılaştırmasını yapmaktadır:

“Krallıklar büyük haydutluklardan başka nedir ki? Çünkü, haydut çeteleri de küçük krallıklar değil midir? Çete insanlardan kurulur, bir prensin yetkisiyle yönetilir, konfederasyon sözleşmesiyle örgütlenmiştir, yağmalanan şeyler de, üstünde anlaşılan bir yasa gereğince bölüşülür. Dışarıda bırakılan insanların alınmasıyla, bu bela, büyük bölgeleri elinde tutacak, konutlar kuracak, şehirlere sahip çıkacak ve halklara boyun eğdirecek kadar büyüyecek olursa, açıktan açığa krallık adını takınır; çünkü şimdi açgözlülüğün kalkmasıyla değil fakat ceza sorumsuzluğunun da eklenmesiyle, gerçek durum onda apaçık görünür hale gelmiştir. Nitekim yakalanan bir korsan Büyük İskender’e bu yerinde ve doğru karşılığı vermişti. Kral, niçin denizi kötü

111. *Ibid.*, s.65.

niyetle tuttuğunu sorunca, korsan onu gururlu bir atılganlıkla şöyle cevaplandırmıştı: ‘Ya sen niçin bütün dünyayı eline geçiriyorsun: Ama ben bu işi küçük bir gemiyle yaptığım için bana haydut deniyor, sen aynı işi büyük bir filoyla yapınca imparator diye anılıyorsun’¹¹².

Böylece hukuk düzenini cebir düzeni olarak tanımladık. Ancak bu tanıma karşı genellikle bir *itiraz* ileri sürülmektedir. Bu itiraz, *birçok tarihi hukuk düzeninin müeyyideden yoksun normları kapsadığı noktada toplanmaktadır*¹¹³. Bu tip normlar özellikle anayasa hukuku alanında bulunmaktadır. Anayasalar, somut ve açık hükümler taşır; bununla birlikte, bunların ihlâli halinde çoğunlukla bir kurumsal tepki örgütlenmemiştir¹¹⁴. Örneğin, Jean-François Perrin’in verdiği örneğe göre, İsviçre’de Federal Parlâmento, hiçbir yetkiye sahip olmadığı bir alanda kanun çıkarırsa, Anayasanın 3’üncü maddesini ihlâl eder. Bir referanduma başvurulmamışsa, yeni kanun anayasaya aykırı olarak yürürlüğe girecektir. Hiçbir kurumsal tepki mevcut değildir. Bu durumda, Perrin şu soruyu sormaktadır: “Federal Anayasanın 3’üncü maddesi bir hukukî hüküm değil midir”¹¹⁵? Genel olarak, anayasaların yasama usûlünü düzenleyen kuralları, kendilerine uyulmaması hali için bir müeyyide öngörmemektedirler.

Böylece müeyyidesiz hukuk normları sorununa gelmekteyiz.

MÜEYYİDESİZ HUKUK NORMLARI SORUNU

Müeyyidesiz hukuk normları problemi karşısında, hukuk teorisinde genellikle iki karşıt tez vardır: Birinci teze göre, bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normlar olabilir. İkinci teze göre, bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normlar olamaz.

112. Aziz Augustinus, *De Civitate Dei*, IV, 4 (Mete Tunçay (der.), *Batı’da Siyasal Düşünceler Tarihi-1*, Ankara, Teori Yayınları, 1985, s.312-313)

113. Perrin, *op. cit.*, s.84; Amselek, *Perspectives critiques d’une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, s.222.

114. Perrin, *op. cit.*, s.84; Cf. Riccardo Guastini, “Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique”, in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1992, s.261: “Her hukuk sisteminde, örneğin kamu hukukunda ve özellikle anayasa hukukunda yargısal uygulamaya elverişli olmayan bir çok hüküm vardır”.

115. Perrin, *op. cit.*, s.84.

1. Bir Hukuk Düzeninde Müeyyidesiz Hukuk Normları Olabilir Tezi

Müeyyidesiz hukuk normları problemi karşısında, klâsik hukuk teorisi, bu güçlükten, “*lex imperfecta*” diye isimlendirdiği tuhaf bir kategori icat ederek kurtulacağını sanmıştır¹¹⁶. Örneğin Jean Dabin, anayasa hukukunu ve uluslararası hukuku “eksik hukuk (*droit imparfait*)” olarak nitelendirmektedir¹¹⁷.

Aynı anlamda modern hukuk kuramcılarının bir kısmı da, hukuk düzenini bir cebir düzeni olarak tanımlamakla birlikte, *grosso modo* müeyyidelendirilmiş bir hukuk düzeninde müeyyidesiz normlar olabileceğini kabul etmektedirler. Bu teze göre, “cebir, bir hukuk düzeninin içerdiği unsurlardan her birine değil, ama bu düzenin bütününe atfedilen bir özelliktir”¹¹⁸. Örneğin, Guy Héraud’ya göre,

“hukuk düzenini oluşturan her ilkenin gerçek olarak müeyyidelendirildiği veya bir müeyyide imkânından yararlandığı söylenemese de, örgütlenmiş maddî müeyyide hukuk düzeninin özelliğidir. ‘En büyük güç’ anlamında müeyyide, hukuk düzeninin *ut singuli* unsurlarının değil, *in globo* hukuk düzeninin özelliğidir”¹¹⁹.

2. Müeyyidesiz Hukuk Normlarının Olamayacağı Tezi

Kelsen müeyyidesiz hukuk normları kategorisini tamamen reddetmektedir. Ona göre, müeyyideden yoksun hukuk normları, yani kendisine uyulmaması hali için müeyyide öngörmeyen ve aynı zamanda belirli bir beşerî davranışı emreden normlar olamaz¹²⁰. Zira daha yakından incelendiğinde, müeyyidesiz normlar olarak sunulan işlemlerin aslında ya hukuken anlamsız normlar olduğu, ya da bağımlı hukuk normları olduğu anlaşılmaktadır.

116. *Ibid.*

117. Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, Paris, Deuxième édition, 1953, s.51’den alıntılan Amselk, *Perspectives critiques d’une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, s.223.

118. Manuel Atienza, “Juridicité”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition, 1993, s.324.

119. Guy Héraud, “La validité juridique, in *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, c.II, s.479.

120. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.72.

a) *Hukuken Anlamsız Normlar (Normes juridiquement irrelevantes)*

Şu tamamen normaldir ki, bir yasa koyucu, usulüne uygun olarak, bir yandan belirli bir beşerî davranışı emredebilir, diğer yandan ise, buna aykırı hareket halinde müeyyide olarak bir cebir işlemi ihdas etmeyebilir¹²¹. Kelsen'e göre,

“bu halde, eğer varsayılan temel norm cebir işlemleri kuran bir norm olarak formüle edilmişse, söz konusu işleme, sübjektif anlamına tekabül eden objektif bir anlam vermek imkânsızdır. Sübjektif anlamı hukuk normu olarak yorumlanamayan norm hukuken anlamsız olarak mülâhaza edilmelidir”¹²².

Başkaca, eğer bir işlemin anlamı bir davranışı emreden, böyle bir davranışa izin veren veya yetki veren bir norm niteliği arz etmiyorsa, bu işlem usulüne göre kabul edilse bile hukuken anlamsızdır. Tamamen anayasal olarak kabul edilen bir kanun, norm özelliğinde olmayan bir içeriğe sahip olabilir. Örneğin hukukun Tanrı'dan geldiği, kanunun adil olduğu ve bütün halkın çıkarına hizmet ettiği gibi siyasî veya dinî bir teoriyi ifade edebilir¹²³.

Böylece Kelsen'e göre bir işlemin usulüne uygun olarak yapılması yeterli değildir; aynı zamanda belirli bir sübjektif anlama da sahip olması gerekir¹²⁴. Yani o, belirli bir beşerî davranışı emreden, belirli bir beşerî davranışa izin veya yetki veren bir irade işlemi olmalıdır.

Dolayısıyla Kelsen'e göre, cebir unsurunu ilâve etmeksizin, hukuk düzeninin sadece temel norma uygun olarak konulmuş bir düzen olarak tanımı kabul edilemez bir şeydir. Bundan şu sonuç çıkmaktadır ki, hukuku bir cebir düzeni olarak nitelendirmeyen her tanımı reddetmek gerekir¹²⁵.

121. *Ibid.*, s.71.

122. *Ibid.*

123. *Ibid.*

124. *Ibid.*, s.72.

125. *Ibid.*, s.73.

b) Bağımlı Normlar (Normes non-indépendantes)

Kelsen'e göre, hukuk düzeninin cebir düzeni olarak tanımı bağımlı normlar açısından da muhafaza edilebilir. Bağımlı normlar kendi başlarına müeyyide ihdas etmezler, sadece işlem yapma, kural koyma yetkisi verirler. Örneğin anayasaların bazı normları, yasama usulünü düzenlemektedirler; ama bu usûlün ihlâlî hali için herhangi bir müeyyide öngörmezler. Bu normlar, başka normlar tarafından ihdas edilen cebir işlemlerinin icra edileceği koşulları belirleyen *bağımlı normlardır*. Bunlar yasama organına norm koyma yetkisini vermekte, ama norm konulmasını emretmemektedirler; ve bu ölçüde, müeyyidesiz olmaları bir sorun oluşturmamaktadır. Anayasanın hükümleri ihlâl edilmişse, bundan sadece şu sonuç çıkar: *Geçerli hukuk normları doğmamıştır; bu şekilde konulan kurallar yoklukla malûdürler ve iptal edilebilirler*¹²⁶.

Burada kısaca, birincil ve ikincil normlar ayırımından bahsetmek uygun olur. *Birincil normlar (normes primaires)* belirli bir insan davranışını emreden, *ikincil normlar (normes secondaires)* ise, birincil normların hangi biçimde yapılacağını belirten normlardır¹²⁷. Diğer bir ifadeyle, ikincil normlar, birincil normların konulması için yetki normlarıdır (*metanormlar, métanormes*)¹²⁸.

Eğer bir norm, belirli bir davranışı emrediyor ve diğer bir norm da birincisinin ihlâlî durumu için müeyyide ihdas ediyorsa bu iki norm birbirine bağlıdır¹²⁹. Örneğin, bir organa veya bir kişiye hukuk normları koyma yetkisi veren normlar bağımlı normlardır¹³⁰. Örneğin, hırsızlığın hapis cezası ile cezalandırıldığı bir hukuk düzenini ele alalım. Cezalandırma koşulu sadece birinin bir şey çalması değildir. Hırsızlık fiilinin, hukuk düzeni normlarının belirlediği usule göre, bu amaçla yetkilendirilmiş bir mahkeme tarafından tespit edilmesi ve bu tespitten sonra mahkemenin kanun tarafından belirlenen cezaya hükmetmesi ve nihayetle başka bir organın bu cezayı infaz etmesi gerekir. Ancak hırsızlığa belirli bir ceza öngören bir normun anayasa uygun olarak konulmasından sonra, mahkemenin belirli bir usû-

126. *Ibid.*, s.70.

127. Troper, "Norme", *op. cit.*, s.406.

128. Atienza, "Juridicité", *op. cit.*, s.324.

129. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.74.

130. *Ibid.*, s.76.

le göre bir hırsızın belirli bir cezaya çarptırma yetkisi vardır. Böyle bir normun konulmasına yetki veren anayasa normu, müeyyidenin bağlı olduğu koşullardan birini belirlemektedir¹³¹.

Böylece anayasanın genel normlar koyma yetkisini veren normlarının (yasama usulünü ve organını düzenleyen normlar) ve bireysel normların konulmasına yetki veren ceza muhakemesi usûlü kanununun kurallarının bağımlı norm olma özelliği ortaya çıkmaktadır. Tüm bu koşullar cezai müeyyidenin gerçekleşeceği koşulları belirlemektedirler. Bir hukuk düzeni tarafından konulan bütün cebir işlemleri bu şekilde şartlandırılmıştır¹³².

Hukukun uygulama organları tarafından uygulanacak olan genel normların hukuka uygun olarak yaratılması, bireysel normların da kanuna uygun olarak konulması cebir işlemlerinin tamamlanması için gerekli olan koşullardır¹³³.

Kelsen'e göre, her hukuk normu tek tek cebir işlemi öngörmese de hukuk düzenini bir cebir düzeni olarak nitelendirmek doğru olur¹³⁴. Zira, bir kere cebir işlemi ihdas etmeyen normlar, cebir işlemi koyan diğer normlarla bağımlı olarak geçerli olan *bağımlı normlardır*.¹³⁵ İkinci olarak, belirli bir cebir işlemi içeren her norm her zaman belirli bir davranış emretmemektedir¹³⁶. Bunlar da hukuken anlamsız normlardır.

Özetle, bu ikinci teze göre, bir hukuk düzeninde, müeyyidesiz hukuk normu mevcut olamaz. Müeyyidesiz hukuk normu olarak sunulan normlar, gerçekte ya *hukuken anlamsız normlardır* ya da *bağımlı normlardır*.

Sonuç olarak bir normun hukukîliğinin onun belirli bir hukuk düzenine ait olması ile belirlendiğini ve bir hukuk düzeninin hukukîliğinin ise onun bir cebir düzeni olması ile tespit edildiğini söyleyebiliriz. Diğer bir ifadeyle bir norm, belirli bir hukuk düzenine ait ise

131. *Ibid.*

132. *Ibid.*, s.77.

133. *Ibid.*

134. *Ibid.*, s.78.

135. *Ibid.*

136. *Ibid.*

hukukîdir ve bir normatif düzen, bir cebir düzeni ise hukuk düzenidir.

Bu sonucu şimdi anayasa hükümlerine uygulayalım. Anayasa hükümleri, anayasanın ait oldukları normatif düzene aittirler. Ve anayasanın ait olduğu normatif düzen, hukuk düzenidir; zira, bu düzen bütünü itibarıyla cebirdir. O halde anayasa hükümlerinin hukukîlik koşulunu yerine getirdikleri sonucuna varmak gerekir.

IV. ANAYASALLIK

Bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olması için, onun hukukî nitelikte olması gerektiğini görmüş bulunuyoruz. Ancak, hukukîlik bir *gerekli koşul*dur, ama *yeter koşul* değildir; zira, bir normun “hukukîliği” kaçınılmaz olarak o normun “*anayasa hukuku normu*” olduğu anlamına gelmez. Kanunlarda, tüzüklerde, yönetmeliklerde yer alan normlar da hukukîdir. Ancak bu normlar, anayasal karakterde değildir. O halde bir normun, anayasa hukuku normu olarak geçerli olabilmesi için, onun “anayasal nitelikte” olması gerekir. “Anayasal nitelikte olmaya” biz, “anayasallık” ismini vereceğiz.

Bir hukuk normuna anayasallık niteliğini ne verir? Bir anayasal norm ile yasal norm arasındaki fark nedir? Bir normun anayasallığının ölçütü nedir? Açıkçası, bir anayasa, adî kanunlardan hangi kriter ile ayrılır?

Bu konuda, biri maddî, diğeri şeklî olmak üzere iki kriter önerilmiştir:

Maddî kritere göre anayasa, devlet organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen, yazılı veya teamülî, kuralların bütünüdür¹³⁷.

137. Georges Burdeau, *Traité de science politique*, (Tome IV: Le statut du pouvoir dans l'Etat), Paris, L.G.D.J., 3e édition, 1983, s.25; Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 1995, s.79; Pierre Wigny, *Cours de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1973; Paolo Biscaretti di Ruffia ve Stefan Rozmaryn, *La constitution comme loi fondamentale dans les Etats de l'Europe occidentale et dans les Etats socialistes*, Paris L.G.D.J., Torino, Libreria Scientifica, 1966, s.4; Michel Troper, “Constitution”, in André-Jean Arnaud, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2e édition, 1993, s.103; Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Pa-

Şeklî kritere göre ise anayasa, normlar hiyerarşisinde en üst sırayı işgal eden ve kanunlardan farklı ve daha üstün bir usulle konulan ve değiştirilebilen kurallarının bütünüdür¹³⁸.

Kanımızca, anayasa tanımında şeklî kriter geçerlidir. Bu ise, iki nedenden dolayıdır:

Bir kere, anayasanın maddî anlamda tanımı, oldukça belirsiz, yazarların kişisel tercihlerine bağlı olan bir tanımdır. Yukarıda biz, maddî kritere göre anayasayı, “devlet organlarının kuruluşunu ve işleyişini belirleyen kuralların bütünü” olarak tanımladık. Oysa birçok yazar, bizim “devlet organları” ifadesi yerine başka ifadeler kullanmaktadırlar. Örneğin Carré de Malberg “kamu iktidarları (*pouvoirs publics*)”¹³⁹; Joseph-Barthélemy ve Paul Duez, “devlet teşkilâtı (*l'organisation de l'Etat*)”¹⁴⁰; Charles Debbasch ve arkadaş-

ris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962), c.II, s.571; Jacques Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, 3e éd., 1990, c.I, s.126; Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, (réimpression, 1989). s.112; Joseph Barthélemy ve Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, (Réimpression: Economica, 1985), s.184; Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 12e édition, 1993, s.169; Charles Debbasch, Jean-Marie Pontier, Jacques Bourdon ve Jean-Claude Ricci, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 3e édition, 1990, s.73; Dominique Turpin, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 2e édition, 1994, s.83.

138. Otto Pfersmann, “La révision constitutionnelle en Autriche et en Allemagne fédérale”, in *La révision constitutionnelle*, (Journées d'études des 20 mars et 16 décembre 1992, Travaux de l'association française des constitutionnalistes), Paris, Economica, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1993, s.13; Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.300; Lavroff, *Le droit constitutionnel...*, *op. cit.*, s.65-66; Burdeau, *Traité...*, *op. cit.*, c.IV, s.25; Troper, “Constitution”, *op. cit.*, s.69; Biscaretti Di Ruffia ve Rozmaryn et Rozmaryn, *op. cit.*, s.4; Joseph Barthélemy ve Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933, s.184; Georges Vedel, *Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949 (réimpression, 1989), s.112; Jacques Cadart, *Institutions politiques et droit constitutionnel*, Paris Economica, 3e éd., 1990, c.I s.127; Pierre Pactet, *Institutions politiques - Droit constitutionnel*, Paris, Masson, 13e édition, 1994, s.69.

139. Raymond Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Paris, Sirey, 1922 (réimpression par CNRS, 1962), c.II, s.571.

140. Joseph Barthélemy ve Paul Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 1933 (Réimpression: Economica, 1985), s.184.

ları “siyasî iktidar (*pouvoir politique*)”¹⁴¹ ; Paolo Biscaretti di Ruffia, “devletin temel yapısı” (*structure essentielle de l'Etat*)”¹⁴² ; Michel Henri Fabre, “devletin siyasî, sosyal, ekonomik teşkilatı” (*organisation politique, sociale, économique de l'Etat*)”¹⁴³ ifadelerini kullanmaktadırlar. Nihayet başka kriterlerden hareket eden değişik yazarlar başka başka tanımlar vermektedirler. Örneğin Georges Vedel (keza Jean Gicquel) maddî anlamda anayasayı “devletin en önemli hukuk kurallarının bütünü”¹⁴⁴ olarak tanımlamaktadır. Ama Otto Pfersmann’ın haklı olarak sorduğu gibi, “önemliliğin ölçütü nedir”¹⁴⁵? Her yazar “en önemli kuralları” kendine göre tespit etmektedir. Mesela Georges Vedel’e göre, devletin bizatihi şeklini (üniter veya federal), onun hükûmetinin biçimini (cumhuriyetçi veya monarşik), devleti yöneten organları, bu organların oluşum tarzlarını, sahip oldukları yetkileri, vatandaşların haklarını belirleyen kurallar, anayasal kurallardır”¹⁴⁶. Buna karşılık, Jean Gicquel’e göre, anayasa ismi altında şu üç seri kural toplanır: Devletin şekline, kurulmuş iktidarlar arasında egemenliğin kullanımına ve vatandaşların haklarına ilişkin kurallar¹⁴⁷. Bu farklılık göstermektedir ki, bu “önemliliğin” objektif bir ölçüsü yoktur. Bu nedenle, maddî kriterden hareketle anayasanın objektif bir tanımının yapılamayacağı söylenebilir.

İkinci olarak, Carré de Malberg’in gösterdiği gibi, anayasanın maddî anlaşılışı, hukukî değerden yoksundur. Zira, hukukta, anayasal kanunlar ile adî kanunları ayıran ölçüt sadece ve sadece şekil bakımındandır. Anayasa kavramı saf olarak şeklidir¹⁴⁸. Georges Vedel de aynı görüştedir. Yazara göre, anayasaların genel teorisinde hukuk

141. Charles Debbasch *et al.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Economica, 3e édition, 1990, s.73.

142. Biscaretti di Ruffia ve Rozmaryn, *op. cit.*, s.4.

143. Fabre, *op. cit.*, s.150.

144. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, s.112; Jean Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, 12e édition, 1993, s.169.

145. Pfersmann, “La révision constitutionnelle...”, *op. cit.*, s.15.

146. Vedel, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, s.112.

147. Gicquel, *op. cit.*, s.169.

148. Carré de Malberg, *Contribution...*, *op. cit.*, c.II, s.572.

teknîği bakımından esas olan şeklî bakış açısıdır¹⁴⁹. Şekil, anayasal kanunlarla adî kanunları birbirinden ayırmayı mümkün kılar.

Sonuç olarak, anayasallık şeklî kritere göre tanımlanmaktadır. Bu kritere göre ise, bir hukuk normunun anayasal nitelikte olabilmesi için, yukarıda belirtildiği gibi, bu normun, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında bulunması ve kanunlardan daha farklı ve daha zor bir usûlle yapılması ve değiştirilmesi gerekir. Bu koşullara uymak şartıyla, içeriği ne olursa olsun her hukuk normu, anayasal niteliğe sahip olabilir.

Şüphesiz, devletin temel kuruluşuna ilişkin hukuk normlarının anayasal nitelikte olması en doğalıdır. Keza temel hak ve özgürlüklerle ilişkin normların da anayasada bulunması gerektiği düşünülebilir. Ancak anayasada bulunan, yani anayasal nitelikte olan normlar bunlardan ibaret değildir. Kurucu iktidar, istediği her konuyu anayasa hükmü haline getirebilir. Diğer bir ifadeyle, kurucu iktidar istediği her hukuk normuna anayasallık niteliği kazandırabilir. Örneğin 1982 Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında (m.62) yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarıyla ilgili hüküm vardır. Keza yine aynı Anayasa (m.169-170) ormanlarla ilgili uzun düzenlemeler içermektedir. Bu hükümler, anayasal niteliktedir. Zira Türk normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunmaktadırlar ve değiştirilmeleri kanunlardan daha zor usullere tâbidir. Eğer anayasallık tanımında maddî kriter geçerli olsaydı, biz bu normların anayasallık niteliğinden mahrum bulduklarını iddia edebilecektik.

Böyle içerik bakımından devletin temel kuruluşuyla ilgisiz olan hukuk normlarının anayasalarda yer almaları, anayasal nitelikte olmaları istisnaî değildir. Bu konuda pek çok örnek vardır. Örneğin Fransa'da 1926 yılında yapılan bir değişiklikle Millî Savunma Bonolarının İşletme ve Kamu Borçlarının Ödeme Sandığına (*Caisse de gestion des bons de la Défense national et d'amortissement de la dette publique*) ilişkin hükümler 1875 Anayasasına dahil edilerek¹⁵⁰, anayasal nitelik kazanmışlardır. Keza İsviçre Federal Anayasasının 25bis maddesi kasaplık hayvanların kesim usulüne ilişkin hükümler

149. Vedel, *Droit constitutionnel*, op. cit., s.113.

150. Adhémar Esmein *Eléments, de droit constitutionnel français et comparé*, Paris, Sirey, 8e édition revue par Henry Nézard, 1928, c. II, s.555.

içermektedir¹⁵¹. Bu hükümler her ne kadar devlet organizasyonu ile alâkasız da olsalar, birer anayasa hükmüdürler; anayasal niteliktedirler. Biçimsel olarak normlar hiyerarşisinin tepesinde bulunurlar ve kanunlardan daha zor değiştirilirler.

Özetle, şimdiye kadar bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olması için, bir kere *maddî olarak var olması* gerektiğini, ikinci olarak *maddî olarak var olan bu işlemin normatif* karakterde olması gerektiğini ve üçüncü olarak ise, *normatif karakterdeki bu işlemin hukukî nitelikte olması* gerektiğini; dördüncü olarak, bu hukuk normunun *anayasal nitelikte olması* gerektiğini söyledik.

Belirli bir anayasanın metninde yer alan hükümlerin, bu dört koşulu, yani, *maddî varlık, normatiflik, hukukîlik ve anayasallık* koşullarını yerine getirdiklerini gördük.

Şimdiye kadar gördüğümüz, bu dört koşul, bir normun anayasa hukuku normu olarak geçerliliğinin *gerekli* ama *yetersiz* koşullarıdır.

Bir kere, *maddî varlık bir gerekli koşuldur*, zira madden mevcut olmayan bir işlem hiçbir hukukî nitelendirmeye konu olamaz; ama *yetersizdir*, zira mevcut olan tüm işlemler *normatif nitelikte değildir*.

İkinci olarak, *normatiflik de bir gerekli koşuldur*, zira *normatif nitelikte olmayan bir işlem anayasa hukuku normu olarak geçerli olamaz*; ama *yetersizdir*, zira *normatif nitelikte olan tüm normlar sadece hukuk normları değildir*; sosyal, ahlâkî ve dinî normlar da *normatif niteliktedir*.

Üçüncü olarak, *hukukîlik de bir gerekli koşuldur*, zira *hukukî nitelikte olmayan bir işlem anayasa hukuku normu olarak geçerli olamaz*; ama *yetersizdir*, zira, *hukukî nitelikte olan her norm, anayasal nitelikte değildir*. Kanunlarda, tüzüklerde, yönetmeliklerde yer alan normlar da *hukukî niteliktedir*.

151. Marcel Bridel ve Pierre Moore, "Observations sur la hiérarchie des règles constitutionnelles", *Revue du droit suisse (= Zeitschrift für Schweizerisches Recht)*, Vol. 87, 1968, I, s.411.

Nihayet, anayasallık da bir *gerekli koşul*dur, zira *anayasal* nitelikte olmayan bir işlem anayasa hukuku normu olarak geçerli olmaz; ama *yetersiz*dir, zira, bir normun “anayasal” nitelikte olması onun kaçınılmaz olarak “geçerli” olduğu anlamına gelmez. Gerçekten de madden mevcut olan bir anayasa hukuku normunun geçerli olduğunu söyleyebilmek için, bir normun hukukî geçerliliğinin ölçütlerini tanımak gerekir. Bu ölçütleri aşağıda göreceğiz. Bununla beraber hemen belirtelim ki, *üç değişik geçerlilik anlayışı* vardır; ve eğer *maddî geçerlilik anlayışı* kabul edilirse, madden mevcut olan bir anayasa hukuku normu *etkili* değilse geçersiz olabilir. Bu “metrukiyet (*désuétude*)” halidir. Metrukiyete uğramış norm sosyal veya ahlâkî bir norm değil, tersine hukukî bir norm, ama “geçersiz” bir hukukî normdur. Dahası, aksiyolojik geçerlilik anlayışından hareket edilirse, bir anayasa hukuku normu “âdil” değil ise, geçersiz olabilir.

O halde şimdi bu üç değişik geçerlilik anlayışını görelim.

İkinci Bölüm

ÜÇ DEĞİŞİK HUKUKÎ GEÇERLİLİK ANLAYIŞI¹

Bu çalışmada “geçerlilik” terimini Fransızca *validité* karşılığında kullandığımızı çalışmamızın “giriş” kısmında açıklamıştık.

François Ost geçerliliği, “hukukî sonuçları doğurmak için gerekli koşulları yerine getiren norma atfedilen nitelik” olarak tanımlamaktadır².

Ama bir norm hangi temelde bu koşulları yerine getirmektedir? Diğer bir ifadeyle bir normun hukukî geçerliliğinin ölçütleri nelerdir?

Hukukun genel teorisinde, bir normun hukukî geçerliliği üç değişik kritere başvurularak değerlendirilir: Âdillik gibi *etik (finalist, deontik) bir kriter*, etkililik gibi *sosyolojik bir kriter* ve normun özgül varlığı gibi *formalist bir kriter*. Dolayısıyla üç değişik geçerlilik anlayışı vardır: Aksiyolojik, maddî ve biçimsel geçerlilik.

Aksiyolojik geçerlilik ile işe başlayalım.

I. AKSİYOLOJİK GEÇERLİLİK: TABİÎ HUKUK TEORİSİ

François Ost, Michel van de Kerchove³, Aulis Aarnio⁴ ve Franco Modugno⁵ “aksiyolojik geçerlilik (*validité axiologique, validità*)

1. Bu bölüm, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (Ankara, US-A Yayıncılık, 1998) isimli çalışmamızın birinci kısmının ikinci bölümünde (*Ibid.*, s.55-88) yaptığımız açıklamaların tekrarlanması ve bunların anayasa normlarına uygulanmasından ibarettir.
2. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.264. Keza Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.637. Cf. Virally, “Notes sur la validité...”, *op. cit.*, s.454-455: “Geçerli bir norm kendinden beklenen hukukî sonuçları gerçekten yerine getiren bir normdur”.
3. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.274.
4. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.43.

axiologica)” kavramını kullanmaktadırlar. Buna karşın, Amedeo G. Conte “ideal geçerlilik (*validità ideale*)” kavramını kullanmaktadır⁶. Aksiyolojik geçerliliğe “deontik geçerlilik”⁷ veya “derunî⁸ geçerlilik (*validità intrinseca*)”⁹ de denilmektedir¹⁰. Bazen buna bir “değer (*valeur, valore*)” olarak geçerlilik veya kısaca “âdillik¹¹ (*justice, giustizia*)” de denmektedir¹².

Bu anlayışta, bir normun geçerliliği, *gaî (finaliste) bir kriter*e göre, yani o normun birtakım değerlere veya birtakım meta-pozitif ideallere uygunluğu ile tespit edilir. Bu değer ve idealler ahlakî, dinî, vs. niteliktedir¹³. Bir normun geçerli olup olmadığını bilmek için, bu normu onun içeriğini belirleyen birtakım değer ve idealler ile karşılaştırmak gerekir. Eğer norm, bu değer ve ideallere uygun ise geçerli, değilse geçersizdir. Diğer bir ifadeyle, bu anlayışta, “gerçek dünya” ile “ideal dünya”, açıkçası “olan” ile “olması gereken” arasında bir uyum olup olmadığı araştırılmaktadır¹⁴. İşte bu nedenle finalist kriter hukukun aksiyolojik geçerliliği anlayışına tekabül etmektedir. Dola-

-
5. Franco Modugno, “Validità”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, s.4.
 6. Amedeo G. Conte, “Validità”, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XX. VTET, Torino, 1975, s.421.
 7. Örneğin bkz. Modugno, *op. cit.*, s.4.
 8. Tahsin Saraç, sözlüğündü, “intrinsèque” kelimesinin Türkçe karşılığı olarak şu açıklamayı yapıyor: “Bir şeyin aslında, özünde bulunan, asil, esas, gerçek, özünlü” (Tahsin Saraç, *Büyük Fransızca-Türkçe Sözlük*, İstanbul, Adam Yayınları, 1990, s.776). Kanımızca, Tahsin Saraç’ın çevirisi yanlıştır. Şemseddin Sami, *Kamus-u Fransevi*’de “intrinsèque”i Türkçeye “deruni, zati” olarak çevirmiştir (Ş. Sami (Ch.Samy-Bey Frascbery), *Kamus-u Fransevi (Dictionnaire Français-Turc)*, (İkinci Tahrir), İstanbul, Mihran, 1310, cilt 2, s.1054). Kanımızca doğru ve güzel çeviri Şemseddin Sami’ninkidir.
 9. Eduardo Garcia Maynez, “Validità formale e validità materiale in senso giuridico-positivo e validità oggettiva o intrinseca in senso assiologigo”, *Rivista internazionale di filosofia del dritto*, no.41, 1964, s.608.
 10. Örneğin bkz. Modugno, *op. cit.*, s.4.
 11. Hafizoğulları gibi “adalet” yerine “âdillik” kelimesini tercih ettik. (Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.35-36.
 12. Modugno, *op. cit.*, s.4; Conte, “Validità”, *op. cit.*, s.421; Amedeo G. Conte, “Studio per una teoria della validità”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, s.335.
 13. Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.638-639.
 14. Hafizoğulları, *Ceza Normu, op. cit.*, s.35-36.

yısıyla, normun aksiyolojik geçerliliği sorununa hukukun “deontolojik” sorunu da denmektedir¹⁵.

Kanımızca, bir normun geçerliliği böyle bir anlayışta, yani finalist kritere göre değerlendirilemez. Çünkü, bir normun aksiyolojik geçerliliği sorunu, son tahlilde, bir değer yargısında çözümlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, bir normun geçerli olup olmadığı sorununun çözümü, bu normun içeriği ile bu normun dışında kalan birtakım değer ve ideallerin karşılaştırılmasını gerektirmektedir. Bu değerler, ahlakî, dinî, felsefî vs. tek kelimeyle, meta-pozitif niteliktedir. Ve kanımızca, böyle değerlerin, böyle ideallerin incelenmesi hukuk biliminin inceleme alanı dışında kalır.

* * *

Aksiyolojik geçerlilik anlayışının sistematik sonucu *tabiî hukuk teorisi*dir¹⁶. Diğer bir ifadeyle bu geçerlilik anlayışı özellikle tabiî hukukçu yazarlar tarafından savunulmuştur¹⁷. Bu yazarlara göre, bir normun aksiyolojik geçerliliği onun hukukî geçerliliği için gerekli ve yeterli bir koşuldur¹⁸. Yani tabiî hukuk teorisinde bir normun geçerliliği, “adalet (*justice*)”in gerçekleşmesi, “ortak iyilik (*bien commun*)”in tatmini, “hak ve özgürlükler (*droits et libertés*)”in korunması, “refah (*bien-être*)”in artırılması, “sosyal dayanışma (*solidarité sociale*)”nın¹⁹ sağlanması gibi birtakım finalist unsurlar ile değerlendirilir²⁰. Bu finalist unsurlar, tabiî hukuk okullarına göre

15. *Ibid.*

16. Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.638-639; Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.56.

17. Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.638-639.

18. *Ibid.*

19. Duguit istemese de teorisi tabiî hukukun değişik bir biçimidir. Kullandığı kriter finalisttir. Keza hukukun kaynağında beşeri iradeyi değil, hayali bir “sosyal dayanışma”yı (*solidarité sociale*) görmesi de onun pozitivist olmadığını kanıtlar.

20. Norberto Bobbio, “Sur le positivisme juridique”, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, (Tome I: Théorie générale du droit et droit transitoire), Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, s.56-57. Paul Amssek de aynı şeyi gözlemlemektedir. Bu anlayışta, demektir, “hukuk böyle bir amacın, böyle bir idealin (ister buna ‘ortak yarar’, ister ‘adalet’, isterse ‘dayanışma’ densin) hizmetinde bir araçtır” (Amssek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, s.306).

değişmektedir²¹. Ama temel akıl yürütme biçimi aynı kalmaktadır. Eğer bir norm, “adalet”in gerçekleşmesine, “ortak iyilik”in tatmini-ne, “hak ve özgürlükler”in korunmasına, “refah”ın artırılmasına, “sosyal dayanışma”nın sağlanmasına hizmet etmiyorsa geçersizdir²².

Biz burada, örnek inceleme olarak, tabîî hukukun tanımında finalist unsur olarak “adalet”i seçtik²³. Bu unsurdan hareketle diyebiliriz ki, tabîî hukuk teorisinde, hukuk, adalet ile tanımlanır. Hukukun geçerliliğini kuran şey adalettir. Bu açıdan tabîî hukuk teorisini kısaca, “bir kanun, kanun olmak için adalete uygun olmak zorundadır” diyen bir anlayış olarak tanımlayabiliriz. Bu husus en güzel bir şekilde Aziz Augustinus tarafından ifade edilmiştir: *Non esse lex quae justa non ferit* (âdil olmayan kanun, kanun değildir)²⁴. Diğer bir ifadeyle bir işlem geçerli olabilmek için, yani hukukî sonuçlarını doğurabilmek için adaletin gereklerine uygun olmalı, onu gerçekleştirmeye hizmet etmelidir. Böylece, eğer bir norm âdil ise geçerlidir; âdil değil ise geçersizdir, yani hukukî sonuçlarını doğurmaya elverişli değildir; diğer bir ifadeyle bağlayıcı gücü yoktur. Kısacası, bu anlayışta “geçerli olan hukuk, âdil olan hukuktur”²⁵.

Görüldüğü gibi bu anlayışta, bir hukuk normunun geçerli olup olmadığını bilmek bakımından hukuk ile adalet arasındaki ilişki kesin bir rol oynamaktadır. Pozitif hukuk ancak adaletin gereklerine

21. Tabîî hukuku tanımlama güçlüğü buradan ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de “tabîî hukuk”un bir tanımı değil, ama tanım çeşitleri mevcuttur. Bu konuda bkz.: Laetizia Gianfomaggio, “Droit naturel”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., İkinci Bası, 1993, s.200.

22. Bobbio, “Positivisme juridique”, *op. cit.*, s.57.

23. Tabîî hukukun tanımında finalist unsur olarak, “ortak yarar”, “ortak iyilik”, “insan hakları” veya “dayanışma” da seçilebilirdi. Bir başka unsur seçilse de sonuç değişmez, zira akıl yürütme hep aynıdır.

24. Saint Augustin, *De Libero Arbitrio*, 5; Saint Thomas d'Aquin, *Summa Theologica*, Qu. XCV, Arts. 2,4, ten alıntılaman H.L.A. Hart, *Le concept de droit*, trad. par Michel van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, s.21.

25. Hans Kelsen, “La justice et droit naturel”, Trad. par Etienne Mazingué, in “Le Droit naturel”, *Annales de philosophie politique*, t.III, (Institut international de philosophie politique), Paris, P.U.F., 1959, s.64.

uyduğu ölçüde geçerlidir. Belirli bir insan davranışı konusunda yöneltilen bir emir âdil değilse, geçersizdir, yani hukuk değildir²⁶.

Tabiî hukuk teorisi, pozitif hukukun geçerliliğinin temelini sorgular. Pozitif hukukun neden geçerli olduğu sorusunu sorar ve bu soruya kategorik yani şartsız bir cevap verir. Pozitif hukukun geçerliliğinin temeli adalettir. Pozitif hukukun içeriği tabiî hukuka, yani adalete uygun ise geçerli; değilse geçersizdir²⁷.

Dahası, tabiî hukuk bundan pratik sonuçlar da çıkarır: Pozitif hukuka âdil olduğu ölçüde itaat edilir. Tabiî hukuka uygun olmayan bir pozitif hukuka kimse itaat etmek zorunda değildir²⁸.

O halde tabiî hukukçulara göre, tabiî hukuk âdil olması itibarıyla tek gerçek hukuktur²⁹. Pozitif hukuk ancak tabiî hukuka uygun olduğu ölçüde hukuktur.

Eleştiri.- Tabiî hukuk teorisine yöneltilen en yıkıcı eleştiri “âdil olan” ile “âdil olmayan”ı ayıran objektif ve evrensel bir kriterin bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Böyle bir kriter, Tanrı³⁰’ya

26. *Ibid.*, s.64.

27. *Ibid.*, s.121.

28. *Ibid.*, s.112.

29. Laetizia Gianfomaggio, “Droit naturel”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2ème édition, 1993, s.199.

30. Hans Kelsen. tabiî hukuk teorisinin dinî ve metafizik bir kaynağının olduğunu ve bu teorinin temelinde, tabiatın mutlak ahlakî değeriecessüm ettiren aşkın bir otorite tarafından yaratıldığı fikrinin yattığını haklı olarak gözlemlemektedir (Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.69-70). Eğer doğa, âdil bir Tanrı tarafından yaratılmış ve yönetiliyor ise, sadece ama sadece bu halde, bu doğanın kanunlarında âdil bir hukuk bulunabilir (*Ibid.*). Görüldüğü gibi, tabiî hukuk ilâhî kaynaklıdır. Yalnızca o bu niteliğiyle mutlak olarak geçerlidir ve değişmezdir (*Ibid.*, s.72).

Tabiî hukuk teorisinin dinî ve metafizik karakterini gösteren bir çok örnek bulunabilir. Ciceron “doğanın hukukunun yaratıcısının, ilan edicisinin ve hakiminin Tanrı olduğunu” öğretmektedir (Ciceron, *De Republica*, II, XXII, 33’ten alıntılan Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.70). Saint Augustin de hukuku, tabiî kanuna saygıyı emreden ve onu ihlal etmeyi yasaklayan, Tanrı’nın iradesinin ve aklının ifadesi olan, ebedî bir kanun” olarak kabul etmektedir (Saint Augustin, *Contra Faustum Manich.*, Lib.22.C.27’den alıntılan Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.71).

Keza *Decretum Gratini* “Tanrının insanları yaratırken ve onları akıllı yaratıklar yaparken aynı değişmez tabiî hukuku da yarattığını” ilan etmektedir

başvurmak bir yana bırakılırsa³¹, doğa³²’nın gözlemi yoluyla elde edilemez. Eğer bu doğruysa şu soru kaçınılmazdır: “Âdil olan”ı “âdil olmayan”dan ayırmak kime düşmektedir³³?

(Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.71). Saint Thomas d’Aquin de dünyanın ilahi bir esirgeyici tarafından yöneltildiğini öğretmektedir (Saint Thomas d’Aquin, *Summa theologica*, I-II 9122, art.1’den alıntılan Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.71).

Bu konuda şu alıntılar da örnek olarak zikredilebilir: “Âdil, Tanrı’ya dayanan, O’ndan ilham alan O’nun emirlerine itaat edendir” (*Psaumes*, XXXII, 11’den alıntılan Ch. Perelman, “L’idée de justice”, *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, s.140).

“Âdil, ilâhî adaleti taklit eder” (Boussuet, *Sermons*, Paris, Garnier, 1928, t.III, s.7’den alıntılan Perelman, *op. cit.*, s.141). Leibniz için de “Tanrı, en erdemli insanın kendisine örnek aldığı esas veya öz adalettir” (zikreden Perelman, *op. cit.*, s.141).

Şüphesiz tabîî hukukun geçerliliğini Tanrı’nın iradesinden bağımsız hale getirmeye teşebbüs eden yazarlar da çıkmıştır. Hugo Grotius, kendisinin açıklamaya çalıştığı tabîî hukukun, Tanrı’nın mevcut olmadığı varsayılsa bile geçerli kaldığını, ama ağır bir günaha düşmeksizin Tanrı’nın varlığından vazgeçilemeyeceğini belirtmektedir. Zira o, tüm diğer tabîî hukukun klasik teorisyenlerinin olduğu gibi inanmış bir Hıristiyan’dı (*Ibid.*).

Özetle şu sonuca varılabilir: “Eğer tabiatın âdil bir Tanrı tarafından yaratıldığına inanılmaz ise, tabiatın çıkan âdil bir hukukun varlığını da *mantiken* kabul etmek mümkün değildir” (Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.73-74).

Kanımızca, Tanrı’nın varlığına atıfta bulunulsa bile, adalet sorunu halledilemez. Zira, bir normun âdil olup olmadığı Tanrı’ya atıfla saptanacak ise, her şeyden önce, Tanrı’nın âdil olması gerekir. Tanrı’nın âdilliği sorununa Montesquieu’nün *Lettres persanes*’da mükemmel bir şekilde telmihte bulunmuştur: “Eğer bir Tanrı varsa, sevgili dostum Rhédi, onun kaçınılmaz olarak âdil olması gerekir; zira böyle değilse, O varlıkların en kötüsü ve en kusurlusu olacaktır” (Montesquieu, *Lettres persanes*, 83).

Tanrı’ya atıfla “âdil olan”ın objektif ve evrensel olarak tanımlanamamasının ikinci bir nedeni de, kanımızca bizatihi tek tanrıci dinlerin yapısından kaynaklanmaktadır. Bu dinler, esasen profetik dinlerdir, yani vahiy yoluyla, peygamberler aracılığıyla inmiş dinlerdir. Dolayısıyla “âdil olan” insanlara Tanrı tarafından peygamberler aracılığıyla bildirilir. Birden fazla peygamber olduğuna göre, birden fazla da adalet anlayışı olacaktır. Dahası tarih her zaman yalancı peygamberlerin varlığına da tanıklık etmektedir.

31. Hans Kelsen, tabîî hukuk teorisinin dinî ve metafizik bir kaynağının olduğunu ve bu teorisinin temelinde, tabiatın mutlak ahlakî değeri teecessüm ettiren aşkın bir otorite tarafından yaratıldığı fikrinin yattığını haklı olarak gözlemlemektedir (Kelsen, “La justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.69-70).

Eğer Tanrı'nın mutlak ve aşkın otoritesine başvurmak bir yana bırakılırsa³⁴, bu sorunun sadece ve sadece iki muhtemel yanıtı vardır.

1. Birinci yanıtı göre, “âdil olanı” belirlemek görevi iktidarı elinde bulunduran kimse veya kimselere aittir³⁵. Açıktır ki bu yanıtı göre, tek adalet tanımı olacak, böylece hukukun kesinliği sağlanacaktır. Ne var ki bu yanıt bizi tabii hukuktan uzaklaştırır, devletçi pozitivizme götürür. Zira, bir pozitif hukuk normunun adalete uygun olup olmadığına, bu yanıtı göre, bu normu koyan iktidar sahipleri karar verecektir; dolayısıyla bunların kendi koydukları kuralın âdil olmadığını söylemeleri pratik olarak ihtimal dışıdır³⁶.

2. İkinci yanıtı göre ise, âdil olanı belirleme görevi tüm yurttaşlara aittir³⁷. Bu yanıt şu iki nedenden dolayı kabul edilemez.

a) Bir kere, âdil olanı belirleme görevi tüm yurttaşlara düşerse, adalet ilkeleri zorunlu olarak sübjektif nitelik taşır. Zira bu ilkeler her insanın kendi bilincinin verilerine göre anlaşılır. Şüphesiz adaletin çeşitli kişisel anlaşılışlarının ortak unsurları vardır. Fakat deneyim, bu ilkeleri tartışılmaz bir şekilde belirlemenin mümkün olmadığını

32. Burada “doğa” kelimesi ile, “genelde somut olguların ampirik gerçekliği veya insanların –iç veya dış– somut davranışında kendini ortaya çıkaran özel doğa” anlatılmak istenmektedir” (Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.68).

33. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.49-51.

34. Kelsen'e göre, “bu sorunu çözmek bize düşer. Çünkü, neyin âdil olduğunu, neyin âdil olmadığını bilmek gerektiğinde karar, kendi değer yargımızın temeli olarak kabul ettiğimiz adalet normlarının seçimine bağlıdır. Dolayısıyla cevap çok değişik olabilir. Bu seçimi, sadece biz, içimizden her biri yapabilir. Bizim yerimize objektif otorite olarak bir başkası, ne Tanrı, ne doğa, ne de akıl yapabilir. Ahlakî bağımsızlığın gerçek anlamı işte budur. Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen herkes, bu seçimi, Tanrı'ya, doğaya veya akla devretmektedir. Tüm bu kişiler rölativizmin kendilerine hiçbir yardımda bulunmadıkları kanısındadırlar. Onlar boşu boşuna tabii hukuk teorisine başvurmuşlardır. Zira, tercih yapmak söz konusu olduğunda, tabii hukukun değişik teorileri, rölativist pozitivizminki kadar değişik cevaplar ortaya koymaktadır. Seçtiği adalet normunun Tanrı'dan, doğadan veya akıldan geldiği ve onun kesinlikle geçerli olduğu illüzyonu bireyi seçim yapmak zorunluluğundan kurtarmaz. Ve birçokları bu illüzyonu ağır bir *sacrificium intellectus* fiyatına satın alırlar” (Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.120).

35. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.50-51.

36. Bu konuda Kelsen, pozitif hukukî otoritenin yorum tekeline bahsetmektedir (Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.118).

37. Hafızoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.5-51.

ortaya çıkarmıştır³⁸. Gerçekten de, her bireyin kendi bilincinin verilerine göre tabîi hukuku algılamasındaki serbestlik, hukuk normunun geçerliliğinin de her bireye göre değişmesi sonucunu doğurur.

Zeki Hafizoğulları'nın ifade ettiği gibi,

“madem adalet kriteri farklıdır ve azaltılması mümkün değildir, âdil saymadığından geçerli olmayan kanuna itaat etmeyen yurttaşa yöneticilerin bir şey demeye hakkı olmaz ve üstelik kanunlar çerçevesinde uygar yaşama güvenliği tamamen tahrip edilmiş olur”³⁹.

Özetle, Kelsen'in belirttiği gibi, bu halde “total anarşi tehdidi” vardır⁴⁰.

Dahası, tabîi hukuk doktrini, adalet gibi bir ideale uygun olduğunu iddia ederek her hangi bir sosyal düzeni aklayabilir⁴¹.

Jeremy Bentham, tabîi hukukun tehlikesini şu cümlelerle belirtmiştir:

“Tabîi hukukla silahlanmış fanatiklerle tartışılmaz, zira onlar tabîi hukuku kendi hoşlarına gittiği gibi anlamakta, kendilerine uygun olduğu şekilde uygulamaktadır. Onların gözünde tabîi hukuk, suç işlemeksizin saf dışı bırakılamayacak bir dogma olarak kutsanmıştır. Böyle bükülmez ve aynı zamanda anlaşılamaz olan bir tabîi hukuk hiç bir sorunu çözemez”⁴².

b) Diğer yandan Hans Kelsen'in çok iyi gösterdiği gibi *mutlak değerler yoktur*. Bütün ahlakî değerler görecelidir. Eğer bu böyleyse, sosyal normların içeriği ahlakîyse, âdilse, hukuk normları olarak kabul edilmeleri gerektiği iddiası kabul edilemez⁴³. Yer ve zamana

38. Maurice Duverger, “Contribution à l'étude de la légitimité des gouvernements de faits”, *Revue du droit public*, 1945, s.77.

39. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.66.

40. Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.118.

41. Christophe Grzegorzcyk, “Le positivisme comme méthodologie juridique”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.176.

42. Extrait de: Jeremy Bentham *Principes de législation et d'économie politique*, Paris, Raffalovich, Guilaumin, 1888, s.75 et s. in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.197.

43. Kelsen, “Justice et droit naturel”, *op. cit.*, s.87.

göre, insanların iyi veya kötü için, âdil veya âdil olmayan için kabul ettikleri şeylerin olağanüstü çeşitliliği dikkate alınırca, ahlakî düzenlerde ortak hiç bir unsurun bulunmadığı gözlemlenebilir⁴⁴. Dolayısıyla, genelde hukuk ile ahlakı, özelde de hukuk ile adaleti birbirinden ayırmak gerekir⁴⁵.

Bu açıdan Norberto Bobbio'nun, haklı olarak belirttiği gibi, modern tabîî hukukçular, özgürlüğü bir tabîî hak olarak kabul ediyorlarsa da, en büyük tabîî hukukçulardan biri olan Aristo, köleliğin tamamen doğal bir kurum olduğunu, zira doğanın bazı insanları efendi diğerlerini ise köle olarak yarattığını düşünüyordu⁴⁶. Bu doğa öylesine hatır sayardır ki, bir yandan liberal devlet teorisyenlerine özgürlüğün doğallığını yüceltmeye, diğer yandan ise, köle sahibi bir toplumun filozofuna, köleliğin doğallığını haklı çıkarmaya izin vermektedir⁴⁷.

Aksiyolojik Geçerlilik Anlayışına Göre Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu

Aksiyolojik geçerlilik anlayışı açısından anayasa normlarının geçerliliği sorununa bakarsak şunları söyleyebiliriz. Bir anayasa normu, âdil ise geçerli, âdil değilse geçersizdir.

Kanımızca bu sonuç kabul edilemez. Zira, yukarıda aksiyolojik geçerlilik anlayışına ve tabîî hukuk teorisine yönelttiğimiz eleştiriler ışığında, “âdil” anayasa normları ile “âdil olmayan” anayasa normlarını birbirinden ayırmaya elverişli evrensel ve objektif bir kriterin olmadığını söyleyebiliriz. Yukarıda gösterildiği gibi, adalet mutlak bir değer değildir. Her birey değişik bir adalet fikrine sahiptir. Dolayısıyla, herkes bir anayasa normunun geçerliliğini istediği gibi değerlendirebilir. Bu durumda ise, bir anayasa normu bazıları için geçerli, diğer bazıları için ise geçersiz olacaktır. Açıktır ki, böyle bir sonuç, objektif ve dolayısıyla kabul edilebilir bir sonuç değildir. Dahası, bu sonuç toplumsal düzen bakımından tehlikelidir de. Zira, âdil saymadığı için bazı kimseler bazı anayasa normlarını geçersiz olarak göre-

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*, s.90.

46. *Politique*, I, 5

47. Norberto Bobbio, “Quelques arguments contre le droit naturel”, in *Annales de philosophie politique*, III, Paris, P.U.F., 1959, s.181-182.

cek ve onlara itaat etmeyecek, böylece anayasa normları bağlayıcılıklarını yitireceklerdir. Bu ise, toplumda düzenin bozulmasına ve anarşiye yol açabilir. Eğer yöneticiler de, tabîî hukuk anlayışına sahip iseler, âdil saymadığı için anayasa normlarına itaat etmeyen vatandaşlara diyecek bir şeyleri olmaz.

II. MADDÎ GEÇERLİLİK: HUKUKÎ REALİZM AKIMI

Franco Modugno, “maddî geçerlilik (*validità materiale*)” terimini kullanmaktadır⁴⁸. Bu kavram yerine F. Ost et M. van de Kerchove, “ampirik geçerlilik (*validité empirique*)” terimini⁴⁹, Amedeo D. Conte “olgusal geçerlilik (*validità fattuale*)”⁵⁰ ve J. Wroblewski ise “efektif geçerlilik (*validité effective*)” terimini kullanmaktadır⁵¹.

Bu anlayışta, bir normun geçerliliği onun “etkililiği (*efficacitè*)”⁵² ile değerlendirilir⁵³. Bu konuda açıklamalarımızı daha ileriye götürmeden önce, bir terminoloji meselesine değinelim.

Burada “etkililik” terimini Fransızca “*efficacitè*” karşılığı kullanıyoruz. Zeki Hafizoğulları, *efficacitè*, *efficacia* kelimesini Türkçeye “etkinlik” olarak çevirmektedir⁵⁴. Kanımızca, “etkin” (faal), “*actif*”in karşılığıdır. “*Efficacitè*”nin karşılığı olarak “etkililik” kelimesini kullanmak daha doğru olur. Ömer İlhan Akipek, kanımızca isabetli olarak, “*efficacitè*” karşılığı, “müessiriyet” ve “*efficace*” karşılığı “müessir” kelimelerini kullanmaktadır⁵⁵.

48. Modugno, *op. cit.*, s.4.

49. Ost et M. van de Kerchove, *op. cit.*, s.272.

50. Conte, “Studio...”, *op. cit.*, s.334.

51. J. Wroblewski, “Verification and Justification in the Legal Sciences”, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, s.207 vd.’ndan alıntılanan Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.43.

52. Zeki Hafizoğulları, *efficacitè*, *efficacia* kelimesini Türkçeye “etkinlik” olarak çevirmektedir (*Ceza Normu*, *op. cit.*, s.35, 40). Kanımızca, “etkin” (faal), “*actif*”in karşılığıdır. “*Efficacitè*”nin karşılığı olarak “etkililik” kelimesini kullanmak daha doğru olur.

53. Conte, “Studio...”, *op. cit.*, s.334; Modugno, *op. cit.*, s.4.

54. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.35, 40. Keza, Edip F. Çelik de “*efficacitè*”yi “etkinlik” diye çevirmektedir (Edip F. Çelik, *Milletlerarası Hukuk*, İstanbul, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Yayını, 1975, Cilt I, s.36).

55. Ömer İlhan Akipek, *Devletler Hukuku (Birinci Kitap: Başlangıç)*, Ankara, Başnur Matbaası, İkinci Baskı, 1965, s.51.

Burada şunu da belirtelim ki, bir çok yazar, “etkililik (*efficacit *)” terimi yerine “efektiflik (*effectivit *)”⁵⁶ terimini tercih etmektedirler⁵⁷. Gerçekte “etkililik (*efficacit *)” ve “efektiflik (*effectivit *)” kavramları, hukukun genel teorisinde kullanılan iki değişik kavramdır. “Efektiflik (*effectivit *)”, “hukuk tarafından konulan kuralların sosyal uygulamada gerçekteşme derecesidir”⁵⁸. Buna karşın “etkililik (*efficacit *)”, “hukuk normlarının sonuçlarının ve onların hedefledikleri amaçları gerçekteşirmeye uygunluğunun değerlendirilmesi biçimidir”⁵⁹. J.-F. Perrin açıkladığı gibi, hukuk normunu koyan bununla bir amaç izler ve amacına ulaşmak için bir araç seçer. Mesel  trafik kazalarındaki ölüm ve ağır yaralanma oranını düşürmek için otomobillerde emniyet kemerinin takılması zorunluluğunu getirir. Daha sonra, amacın gerçekteşme derecesi ve aracın uygulanma derecesi gözlemlenir. Birinci halde, amaçla bu amacın gerçekteşme derecesi karşılaştırılır, yani emniyet kemerininin takılmasının ölüm ve ağır yaralanma ile sonuçlanan kaza oranını düşürüp düşürmediği araştırılır. Bu halde normun etkililiği (*efficacit *)  l l r. İkinci halde ise, normla emredilen davranışın fiilen ne ölçüde gerçekteştiği, yani sürücülerin ne ölçüde fiilen emniyet kemeri taktıkları araştırılır. Bu halde ise o normun efektifliği (*effectivit *)  l l r⁶⁰.

Bu iki kavram karşılıklı ilişki halindedir. Fakat, eğer bir norm efektif ise kaçınılmaz olarak etkili olacağı söylenemez. Norm yüksek

-
56. “*Effectivit *” terimini, Türkçe uygun bir karşılık bulamadığımız için “efektiflik” olarak T rkeleştirdik. Zira, “efektif” terimi Türkçeye çoktan girmiştir. Bkz. Türk Dil Kurumu, *Türkçe Sözlük*, Ankara, Türk Dil Kurumu Yayını, 1988, “efektif” maddesi.
57. Örneğin bkz. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.272; Amselek, *Perspectives critiques d'une r flexion  pist mologique sur la th orie du droit*, *op. cit.*, s.332 et s.; Perrin, *op. cit.*, s.91 et s.; Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, “Théories et pratiques de l'effectivité du droit”, *Droit et société*, Janvier 1986, n 2, s.101.
58. Pierre Lascoumes, “Effectivit ”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.217; Pierre Lascoumes et Evelyne Serverin, “Théories et pratiques de l'effectivité du droit”, *Droit et société*, Janvier 1986, n 2, s.101.
59. Romano Bettini, “Efficacit ”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.219.
60. Perrin, *op. cit.*, s.91.

derecede efektif olmasına rağmen, etkili olmayabilir, zira seçilen araç güdülen amacın gerçekleştirilmesine elverişli olmayabilir⁶¹. Örneğin sürücüler emniyet kemeri zorunluluğu kuralına itaat ederler; ancak ölüm ve ağır yaralanma ile sonuçlanan kaza oranı düşmez tersine artar. Çevreyi kirleten işletmelere para cezası verilir, ama işletmeler kirletmeye devam ederler ve dahası ödedikleri para cezasını ürünlerinin fiyatına yansıtırlar⁶². Bu örneklerde de görüldüğü gibi, öngörülen araç efektif olarak uygulanmaktadır. Yani efektiflik oranı yüksektir. Ama etkililik oranı düşüktür. Zira, başvurulanan araç, istenilen amacı gerçekleştirilememektedir.

Bununla beraber hukukun genel teorisinde bir çok yazar “etkililik (*efficacité*)” ve “efektiflik (*effectivité*)” terimlerini eş anlamda kullanmaktadır⁶³. Dahası bize öyle geliyor ki, bu yerleşik bir kullanımdır. Biz de, burada, yerleşik kullanıma uyarak, “etkililik (*efficacité*)” terimini “efektiflik (*effectivité*)” teriminin eş anlamlısı olarak kullandık.

Bu terminoloji probleminde sonra kaldığımız yerden devam edelim.

Maddî geçerlilik anlayışında, bir normun geçerliliğinin onun “etkililiği” ile değerlendirildiğini daha önce söylemiştik. Bir normun etkililiği ise, o normun emrettiği şey ile bu normun muhataplarının davranışları arasındaki uyum ile belirlenir⁶⁴. Diğer bir ifadeyle, normun etkililiği, muhatapları tarafından izlenmesine⁶⁵ ve itaat edilmesine bağlıdır⁶⁶. Bir norm, belirli bir zaman diliminde, belirli bir insan

61. Perrin, *op. cit.*, s.91. Bu konuda bkz. Lascoumes et Serverin, *op. cit.*, s.118-119

62. Bu konuda örnekler için bkz. Lascoumes et Serverin, *op. cit.*, s.118-119.

63. Örneğin Kelsen'in *Reine Rechtslehre*'sinin Ch. Eisenmann tarafından yapılan Fransızca çevirisinde bu iki kavram aynı anlamda kullanılır. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, *passim*).

64. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.272; Ost, “Validité”, *op. cit.*, s.637.

65. Zeki Hafizoğulları, *Ceza Normu*, *op. cit.*, s.40.

66. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.16; Riccardo Guastini, “Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique”, in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de -), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, s.221.

grubu tarafından izlenmişse, tek kelimeyle itaat edilmiş ise, o norm etkilidir⁶⁷. Yani bir norm bir toplumda sadece ve sadece yurttaşların davranışları onu izlediklerini gösteriyorsa etkilidir⁶⁸. Ancak bu itaatın nedenleri önemli değildir. Bu itaat, hukukî veya tanrısal müeyyide korkusu veya sadece birtakım sosyal dezavantajlardan kaçınma arzusu gibi çeşitli nedenler ile sağlanıyor olabilir⁶⁹.

Bir normun etkililiğinin araştırılması, bu normun içeriği ile bir sosyal grubun efektif davranışları arasında karşılaştırma yapılmasını gerektirir⁷⁰. Yani norm ile sosyal pratikler arasında bir açıklık olup olmadığı araştırılır⁷¹. Diğer bir ifadeyle, bir normun etkililiği bizatihi olgular planında değerlendirilir⁷². Bu nedenle bir normun etkililiği sorunu, hukukun “fenomenolojik” sorunudur⁷³. Yani, maddî geçerlilik anlayışında, bir normun geçerliliği üzerine verilen yargıların, “doğruluğu ya da yanlışlığı ampirik olarak kontrol edilebilir”⁷⁴. Açığıdır ki böyle bir çalışma, hukuk biliminden ziyade sosyoloji⁷⁵ ve psikolojinin alanına girer⁷⁶. Gerçekten de, İskandinav realizminin bir

67. Norberto Bobbio, “Sur le positivisme juridique”, in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, (Tome I: Théorie générale du droit et droit transitoire), Paris, Librairies Dalloz & Sirey, 1961, s.56.

68. Aulis Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable: la justification en droit*, Trad. par Geneviève Warland, Bruxelles et Paris, E. Story-Scientia, L.G.D.J., 1992, s.50.

69. Kelsen, *Théorie pure du droit*, op. cit., s.17.

70. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, op. cit., s.40.

71. Lascoumes ve Serverin, op. cit., s.103.

72. Riccardo Guastini, “Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique”, in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de-), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, s.221.

73. Hafizoğulları, *Ceza Normu*, op. cit., s.40.

74. Guastini, “Sur la validité de la constitution...”, op. cit., s.221.

75. Bu açıdan Amerikan realistlerinin, örneğin J.W. Bingham'ın göre, hukuk bilimini, “görevlilerin davranışlarını çözmekle meşgul olan hükümet biliminin bir alt dalı” olarak tanımlamaları anlamlıdır. Bkz. Françoise Michaut, “Réalisme”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.509.

76. Hafizoğullarına göre, “bir normun etkinliği hakkındaki inceleme, belli bir toplumsal grubun mensuplarının davranışlarını incelemeye dönük tarihi-sosyolojik bir incelemedir” (*Ceza Normu*, op. cit., s.40).

temsilcisi olan Alf Ross, açıkça bunu ileri sürmektedir: “Hukuk bilimi beşerî davranış teorisinin bir dalıdır, dolayısıyla, hukuk olgusu sosyolojinin ve psikolojinin sahasında bulunmalıdır”⁷⁷.

Maddî geçerlilik anlayışı, *Amerikan ve İskandinav hukukî realizm akımları* tarafından savunulmaktadır. Bu akımlara göre, gerçek hukuk kanunlarda ifade edilen değil, mahkemeler tarafından fiilen uygulanan hukuktur. Yani bu akım taraftarları, sadece fiilen izlenen ve uygulanan normları hukuk normu olarak kabul etmektedirler.

Amerikan hukukî realizmi, hukuku “mahkemelerin yaptıkları şey” olarak tanımlamaktadır⁷⁸. Felix S. Cohen’e göre hukuku, formalist ve spekülâtif *a priori*’lerden hareketle değil, sonuçlarıyla tanımlamak gerekir⁷⁹. İşte buradan, realistler için tipik olan bir ayrım ortaya çıkmaktadır: “Kitaplardaki hukuk (*law in books*)” ve “uygulamadaki hukuk (*law in action*)”. Birincisi kanun metinlerinde, içtihat dergilerinde ifade edilen “formalist hukuk”tur. İkincisi ise, uygula-

77. Alf Ross, *Towards a Realistic Jurisprudence*, Copenhagen, 1946, s.78’den alıntılan Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.282. Dolayısıyla Alf Ross’a göre, “hukuk, geçerli normlar sistemi olarak değil, ama beşeri davranışın efektif fiillerinin bütünü olarak tasvir edilmelidir”. “Hukuk, norm değil, ama efektif davranıştır” (*Ibid.*)

78. Örneğin Karl L. Llewellyn şunu yazmaktadır: “Resmî kişilerin (hakimlerin, şeriflerin, katiplerin, hâpishane gardiyanlarının veya avukatların) uyuşmazlıklar konusunda yaptıkları şeyler, benim gözümde bizatihi gerçek hukuku oluşturur” (Françoise Michaut, “L’approche scientifique du droit chez les réalistes américains”, in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1994, s.272). Christophe Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.52. Keza Olivier Wendell Holmes, hukuku belirli bir somut durumda ne yapacaklarının tahmini sistemi olarak tanımlamaktadır. (Bkz. Extrait de: Olivier Wendell Holmes, Jr., *The Path of the Law*, 1897, (reprint in *Collected Legal Papers*, New York, Harcourt, Brace and Howe, 1920, s.167-202), s.172-173’ten seçme parça in Dennis Lloyd, *Introduction to Jurisprudence with Selected Texts*, London, Stevens & Sons Limited, 1959, s.211.

79. Extrait de: Felix S. Cohen, “Transcendental Nonsense and the Fonctional Approach”, in Lucy Kramer Cohen (ed.), *The Legal Conscience. Selected Papers of Felix S Cohen*, New Haven, Yale University Press, 1960, s.337 in Grzegorzcyk, Michaut et Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique, op. cit.*, s.127.

mada kendinî gösteren “yaşayan hukuk (*living law*)”⁸⁰tur. Amerikan realistlerine göre, sadece bu ikincisi hukukun geçerliliğinin araştırılmasında hesaba alınmalıdır⁸¹.

Yine bu doğrultuda, bir başka Amerikan realisti, Karl N. Llewellyn “gerçek kurallar (*reel rules*)” ile “kağıt üzerindeki kurallar (*paper rules*)”⁸² arasında ayırım yapmaktadır. Ona göre, “kağıt üzerindeki kurallar” geleneksel olarak hukuk kuralı olarak kabul edilen şeylerdir. “Gerçek kurallar” ise, “somut bir olayda mahkemeler tarafından yapılacak olan şeydir”⁸³.

*İskandinav realizmi*⁸⁴ne göre ise, hukuk esasen psişik bir fenomen, bir çeşit kitle fenomenidir. Bu fenomen, ampirik realiteden farklı bir entite olarak hukukun mevcut olduğu; normların, hakların ve ödevlerin var olduğu inancından ibarettir. En azından kökeni bakımından bir batıl itikat olan bu inanç, davranışları belirleyerek grupları ve bireyleri harekete geçirebilen, geniş sosyal boyutları olan gerçek bir fenomendir. Halk arasında, davranışların objektif modelleri olarak normların bulunduğu konusundaki yaygın fikir, hukuk fenomeninin esaslı bir kısmını oluşturur⁸⁵.

Bu akımın bir temsilcisi olan Alf Ross’a göre hukuk biliminin görevi yürürlükteki hukuku tasvir etmektir. Ve bir norm yargıçlar tarafından fiilen uygulanıyorsa yürürlüktedir. Bir hukuk sistemi son tahlilde mahkemeler için davranış kuralları bütünü olduğuna göre, şu sonuca varılabilir: Yürürlükte olan bir hukuk sistemi, mahkemelerin kararlarını verirken gerçekten kullandıkları kurallar bütünüdür. Bu

80. Friedmann, *op. cit.*, s.251.

81. Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, *op. cit.*, s.53.

82. Lloyd, *op. cit.*, s.212.

83. Extrait de: Karl N. Llewellyne, *A Realistic Jurisprudence - the Next Step*, 1930, in Grzegorzcyk, Michaut et Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, *op. cit.*, s.131.

84. En önemli temsilcileri Hägeström, Olivecrona, Lundstedt ve Ross’tur. Bkz. Friedmann, *Legal Theory*, London, Stevens & Sons Limited, 1960, s.258-265; Lloyd, *op. cit.*, s.237-278.

85. Enrico Pattora, “Réalisme juridique scandinave”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.511.

bakış açısından yürürlükteki hukuk mahkemelerin kararlarıyla tamamen özdeşleşir⁸⁶.

Alf Ross, “Uppsala felsefesi”⁸⁷nin ilkelerine dayanarak, hukuk biliminin gerçekten bir bilimsel disiplin olmak istiyorsa tabii bilimlerde yürürlükte olan metodolojik kriterleri, özellikle “doğrulama (*verification*)” ilkesini tamamıyla uygulaması gerektiğini ileri sürmektedir⁸⁸. Dolayısıyla hukuk önermeleri de doğrulama prensibine tâbi tutulmalıdır⁸⁹. Ross’a göre, bir hukuk normunun etkili, yani geçerli olduğu önermesinin doğrulanması, bu normun mahkemeler tarafından uygulanmasından ibarettir⁹⁰. Diğer bir deyişle bir normun etkililiği (yani Alf Ross için geçerliliği) mahkeme kararlarında aranmalıdır⁹¹:

“Hukuk normlarının geçerliliğinin belirlenmesi söz konusu olduğunda, tek önemli olan şey, hukukun mahkemeler tarafından uygulanmasıdır... Normların geçerliliğinin koşulu olan efektiflik, özel kişiler arasında işleyen hukukta değil, ama hukukun yargısal uygulamasında araştırılmalıdır”⁹².

Böylece Amerikan ve İskandinav realistleri aynı sonuca varır. Geçerli hukuk, mahkemeler tarafından fiilen uygulanan hukuktur. Hukuk biliminin görevi mahkemelerin verecekleri kararları tahmin

86. Ricardo Guastini, “Alf Ross: une théorie du droit et de la science juridique”, in Paul Amselek (sous la direction de-), *Théorie du droit et science*, Paris, P.U.F., Coll. “Léviathan”, 1994, s.262.

87. Uppsala okulu ve İskandinav hukukî realizminin bütünü için için bkz. S. Strömholm ve H.-H. Vogel, *Le “réalisme scandinave” dans la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1975, *passim*; Enrico Pattora, “Réalisme juridique scandinave”, in André-Jean Arnaud (sous la direction de-), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., Deuxième édition, 1993, s.511.

88. Vittoria Villa, *La science du droit*, Traduction d’Odile et Patrick Nerhot, Bruxelles, Paris, Story-Scientia, L.G.D.J., 1991, s.65. Alf Ross’un metodolojisi ve özeldede onun “doğrulanabilirlik prensibi (*‘verifiability’ principle*)” hakkında bkz. Lloyd, *op. cit.*, s.241-242; Villa, *op. cit.*, s.59-77.

89. Pattora, “Réalisme juridique scandinave”, *op. cit.*, s.511.

90. Pattaro, “Réalisme juridique scandinave”, *op. cit.*, s.511. Cf. Guastini, “Alf Ross...”, *op. cit.*, s.263: “Bir normun yürürlüğünü ileri süren önerme, sadece ve sadece o norm hakimler tarafından gerçekten uygulanıyorsa doğrudur”.

91. Alf Ross, *On Law and Justice*, London, Stevensens & Sons, 1958, s.32-38.

92. Ross, *op. cit.*, s.35.

etmektir⁹³. Ama bu nasıl mümkündür? Diğer bir anlatımla, bir normun geçerli olduğunu, yani mahkemelerin bu norma dayalı olarak bir karar alacaklarını nasıl tahmin edebiliriz?

Amerikan realistlerine göre bu sorunun basit bir cevabı vardır: Hukukî metinlerden bağımsız olarak, yargıçların davranışlarını öngörmek için onların geçmişteki davranışlarına bakmak yeterlidir⁹⁴.

Fakat Alf Ross için böyle bir “davranışçı” yanıt tatmin edici olmaktan uzaktır⁹⁵. “Geçerli olan hukuk kuralı, diyor Alf Ross, yargıcın davranışlarının dıştan gözlemine başvurulacak, tamamen davranışçı bir tarzda tespit edilemez”⁹⁶. Ross’a göre, bir yargıcın sadece dış davranışlarına bakarak, onun günlük hareketleriyle, bir hukuk kuralının uygulanmasını gösteren hareketleri birbirinden ayırtedilemez. Böyle bir ayırım yapabilmek için, bir “iç bakış açısı”na sahip olmak gerekir. Yani, hem yargıç davranışları ile oluşan yargısal kararları, hem de bu kararların ideolojik temellerini incelemek gerekir⁹⁷. Yargıcın davranışı sadece ideolojik bir yorum vasıtasıyla öngörülebilir. Diğer bir ifadeyle hukuk, sadece yargıcın düzenli bir davranışa sahip olacağını değil, aynı zamanda, yargıcın hukuk kurallarıyla bağlı olduğu duygusuna da sahip olduğunu varsayar. Geçerlilik kavramı böylece iki unsuru gerektirir: Bir yandan belirli bir modele uygun ve dıştan gözlemlenebilir bir *davranış*, diğer yandan da bu modelin toplumsal olarak bağlayıcı bir norm olduğu *duygusu*⁹⁸. Özetle Alf Ross’un geçerlilik teorisi aynı zamanda bir *davranışsal*, bir de *ideolojik* unsuru içermektedir⁹⁹. Yani, bir normun geçerliliği bir yandan yargıçların davranışlarına, diğer yandan ise, “normların bağlayıcı olduğu inancı” şeklinde dile getirilebilecek olan “yargıçların normatif ideolojisi”ne bağlıdır¹⁰⁰.

93. Guastini, “Alf Ross...”, *op. cit.*, s.263.

94. *Ibid.*

95. Alf Ross’a göre, bir “*behaviouristic*” yorum her hangi bir şeyi açıklayamaz. Ross, *op. cit.*, s.36.

96. Ross, *op. cit.*, s.36.

97. Guastini, “Alf Ross...”, *op. cit.*, s.263.

98. Ross, *op. cit.*, s.36.

99. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.54.

100. Hukuk normlarının geçerliliği ile “yargıçların normatif ideolojisi”, “yargıçların manevi hayatına ilişkin varsayımlar” arasındaki ilişki konusunda bkz.

* * *

Sonuç olarak, maddî geçerlilik anlayışında, bir normun geçerliliği, onun etkililiği ile, yani bu normun yargıçlar tarafından uygulanması ile belirlenir. Bununla beraber, Aulis Aarnio'nun belirttiği gibi, bu anlayışta, etkililik ve dolayısıyla geçerlilik sorunu yargıç açısından çözümlenmiş olmuyor. Çünkü, eğer etkililik bir normun uygulanma imkanını ifade ediyorsa, etkililik, yargıç için kullanışlı bir kriter değildir. Zira yargıç bu normu daha uygulamadan önce, onun bağlayıcı olup olmadığını bilmek zorundadır. Aulis Aarnio, bu duruma “etkililik ikilemi (*dilemme de l'efficacité*)” ismini vermektedir¹⁰¹. Sadece biçimsel olarak geçerli olan bir norm, bir yandan eğer uygulanmıyorsa ölü bir belge olarak kalabilir; diğer yandan ise, sadece otoriteleri bağlıyorsa etkilidir¹⁰². Maddî geçerlilik anlayışından hareketle,

“yargıca, birtakım normlar ile bağlı olup olmadığı sorusu için cevap verilemez... Yargıç bakımından, yargıcın (yani kendisinin) davranacağı tarz hakkında bilgi almasının önemi yoktur... Karar veren kişi, daha karar vermeden önce neyin bağlayıcı neyin bağlayıcı olmadığını bilmek zorundadır”¹⁰³.

Theodore M. Benditt'in belirttiği gibi, “bir gözlemci yargıcın ne yapacağını tahmin edebilir, ama bir yargıç, bir dava üzerine karar verdiği anda, ne yapacağını tahmin edemez, o sadece yapar”¹⁰⁴.

O halde şu sonuca varılabilir: Gözlemci açısından bir normun geçerliliği etkililik kriteri ile belki belirlenebilir; fakat yargıç bakımından, bir normun geçerliliği bu kriter ile belirlenemez. Zira, bu durumda, Aulis Aarnio'nun gözlemlendiği gibi, tanım kendi iç mantı-

Ross, *op. cit.*, s.38; Guastini, “Alf Ross...”, *op. cit.*, s.264; Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.54.

101. Aulis Aarnio, “On the Validity, Efficacy and Acceptability of Legal Norms”, in, W. Krawietz, Th. Mayer-Mly, O. Weinberger (ed.), *Objectivierung des Rechtsdenkens; Gedächtnisschrift für Ilmar Tammelo*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, s.427-437'den alıntılanan parça, in Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s.331.

102. *Ibid.*

103. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.54.

104. Theodore M. Benditt, *Laws as Rule and Principle*, Stanford, 1978, s.13'den alıntılanan Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.55.

ğını kaybedecektir. Böyle bir tanıma göre, yargıç bizzat kendisinin bağlayıcı olarak kabul edeceği şeyin ölçüsü haline gelmektedir¹⁰⁵.

Maddî Geçerlilik Anlayışına Göre Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu

Şimdi maddî geçerlilik anlayışına göre, yani etkililik kriterine göre, anayasa normlarının geçerliliğini araştıralım.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında şunu söyleyebiliriz ki, eğer anayasa normları, muhatapları tarafından fiilen uygulanıyor ve izleniyorsa geçerlidirler. Bunun için ise, her anayasa normunu ayrıca incelemek gerekir. Bu incelemede, birinci olarak o normun içeriği, ikinci olarak normun muhatabı tespit edilmelidir. Sonra da normun içeriği ile normun muhatabının efektif davranışı karşılaştırılmalıdır. Bunların arasında uyuşum varsa norm etkili, dolayısıyla geçerlidir. Ancak, bunların arasında uyuşum yoksa, normun etkililiğinin zorla sağlanıp sağlanmadığına bakmak gerekir. Normun etkililiği ise yetkili makamlar tarafından uygulanan müeyyide ile sağlanır. Bunun içinse, mahkemelerin, özellikle anayasa yargısı organlarının davranışlarına bakmak gerekir. Mahkemeler ve özellikle anayasa yargısı organları, anayasa normlarının ihlali halinde, müeyyide uyguluyorlarsa, o norm etkili, ve dolayısıyla geçerlidir. Buna karşılık, normun ihlali halinde müeyyide uygulamıyor veya uygulayamıyorsa, o norm etkisiz ve dolayısıyla geçersizdir.

O halde, maddî geçerlilik anlayışına, yani etkililik kriterine göre, bir anayasa normunun geçerliliği nihaî tahlilinde onun mahkemeler ve özellikle anayasa yargısı organları tarafından müeyyidelendirilmesine bağlıdır. Bu nedenle, anayasa normlarının genel bir şekilde geçerli veya geçersiz olduğu söylenemez. Her somut anayasa normu için ayrıca etkililik araştırılması yapılmalıdır.

Türk Anayasası, yargı organlarının anayasa ile bağlı olduklarını hükme bağladığına (m.11) ve özellikle anayasallık denetimiyle görevli bir Anayasa Mahkemesi kurduğuna göre (m.146-153) göre, Türk Anayasası normlarının büyük çoğunluğunun etkili ve dolayısıyla geçerli olacakları tahmin edilebilir. Ancak Anayasada etkisiz kalan, yani muhatapları tarafından kendiliğinden uyulmayan veya mah-

105. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, op. cit., s.55.

kemeler tarafından müeyyidelendirilmeyen Anayasa normları da 1982 Anayasasında olabilir. Bu durumda bu normlar, etkisizdir ve maddî geçerlilik anlayışına göre de hukukî geçerlilikten mahrumdurlar.

Ancak, hangi maddelerin bu durumda oldukları konusunda peşin bir şey söylemek mümkün değildir. Zira bir normun etkili olup olmadığını tespit etmek için, her somut olayı ayrıca değerlendirmek gerekir. Örneğin, 1982 Anayasasının 84'üncü maddesinin ilk şekli, partisinden istifa başka bir partiye giren milletvekilinin milletvekilliğinin düşmesine hükmediyordu. Ancak bu hükmün etkililiği pek şüpheliydi. İşte maddî geçerlilik anlayışına göre, anayasada yer almakla birlikte etkilikten mahrum olan normlar, geçerli bir anayasa normu değildirler.

III. BİÇİMSEL GEÇERLİLİK: POZİTİVİST TEORİ

F. Ost, M. van de Kerchove, F. Modugno, A.D. Conte, “biçimsel geçerlilik (*validité formelle*)” kavramını kullanmaktadırlar¹⁰⁶. Buna karşın, bu terim yerine J. Wroblewski ve A. Aarnio “sistemsel geçerlilik (*validité systématique*)” kavramını kullanmaktadırlar¹⁰⁷. Hukuk teorisinde, biçimsel geçerliliğe “*tout court* geçerlilik (*validité tout court*)”¹⁰⁸ veya “*stricto sensu* geçerlilik (*validité stricto sensu*)”¹⁰⁹ de denmektedir.

Bu anlayışta bir normun geçerliliği, o normun muhtevasından çıkan soyut veya olgusal bir nitelikte değil, onun belirli bir hukuk düzenine *aidiyeti* ile belirlenir¹¹⁰. Diğer bir ifadeyle eğer bir norm, belirli bir hukuk düzeninin içinde yer alıyorsa geçerlidir. R.

106. Ost ve Van de Kerchove, *op. cit.*, s.272; Franco Modugno, “Validità”, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLVI, Giuffrè editore, Varese, 1993, s.4; Amedeo G. Conte, “Studio per una teoria della validità”, *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 1970, s.334.

107. J. Wroblewski, “Verification and Justification in the Legal Sciences”, *Rechtstheorie*, Beiheft 1, 1979, s.207 ve devamından alıntılanan Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable*, *op. cit.*, s.43.

108. Modugno, *op. cit.*, s.7; Conte, “Studio...”, *op. cit.*, s.334.

109. Modugno, *op. cit.*, s.4-5.

110. Ost, “Validité”, *op. cit.*, s. 433; Conte, “Validità”, *op. cit.*, s.421; Guastini, “Sur la validité de la constitution...”, *op. cit.*, s.220.

Guastini'nin belirttiği gibi, bu anlayışta geçerlilik “*membership*” anlamına gelir¹¹¹.

Geçerliliğin bu anlayışı özellikle *pozitivist* yazarlar tarafından savunulmuştur.

Örneğin Hans Kelsen için, geçerlilik (*Geltung*) “normun özgül (*spécifique*) varlığı biçimidir”¹¹². Ona göre geçerlilik, normun bir özelliği, bir niteliği değil, “ama onun özgül varlığı, ideal varlığıdır”¹¹³. O halde bir normun “özgül varlığı” ne demektir? Kelsen’e göre, bir normun özgül varlığı, *bu normun bir normatif düzen içindeki varlığıdır*¹¹⁴.

Ama, nedir bir *normatif düzen*? Kelsen’e göre, bir normatif düzen, normlarının geçerliliği aynı ve tek bir temel norma (*norme fondamentale, Grundnorm*) dayandırılabilen bir normlar sistemidir¹¹⁵. Diğer bir ifadeyle bir hukuk düzeni iki tip normdan oluşmaktadır: Birincisi, diğer normların geçerliliğinin temeli olan *temel norm*; ikincisi ise, geçerliliği bu temel norma dayandırılabilen tüm diğer normlardır¹¹⁶. Bu ikinci kategori normları “konulmuş normlar (*normes posées*)” veya “pozitif normlar (*normes positives*)” olarak isimlendirebiliriz. Zira bunlar, kaçınılmaz olarak özel bir işlem ile konulmuş olmalıdırlar¹¹⁷.

Öyleyse Kelsen’e göre, geçerlilik bir normun özgül varlığı, ve özgül varlık da bu normun normatif bir düzen içinde varlığıdır. Bir normatif düzenin içinde iki tip kuralın olduğuna göre, eğer bir norm,

111. Riccardo Guastini, “Sur la validité de la constitution du point de vue du positivisme juridique”, in Michel Troper et Lucien Jaume (sous la direction de -), *1789 et l'invention de la constitution*, Actes du colloque de Paris organisé par l'Association française de science politique, les 2, 3 et 4 mars 1989, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Bruylant, 1994, s.220.

112. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.13.

113. Kelsen, “Rechtund Logik”, *Forum*, 12, 1965, s.422’den alıntılan Conte, “Validità”, *op. cit.*, s.422.

114. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.261.

115. *Ibid.*, s.257. “Bir ‘düzen’, geçerliliği aynı temele dayanan bir normlar sistemidir” (*Ibid.*, s.25).

116. “Geçerliliğinin temeli temel norm olan hukuk düzeni, yanyana duran normlar yığını değil, ama biri diğerine bağımlı, biri diğerinin altında ya da üstünde yer alan normlardan oluşmuş bir hiyerarşi, yahut bir piramittir” (*Ibid.*, s.257).

117. *Ibid.*, s.262.

ya diğer normların geçerliliğini kuran temel norm ya da temel norm üzerine dayanan konulmuş norm ise geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, geçerli bir norm, ya normatif düzeninin içindeki diğer normların geçerliliğinin temelidir (*est le fondement de la validité*) ya da bu düzen içinde geçerlilik temeline sahiptir (*a le fondement de la validité*)¹¹⁸.

1. İlkönce *ikinci hali* ele alalım ve *konulmuş normların geçerliliğini* (*validité des normes posées*) inceleyelim. Bu normlar, normatif düzen içinde geçerliliğe sahiptir, yani geçerlilikleri temel norma dayandırılabilir. Diğer bir ifadeyle, konulmuş bir norm, bir normatif düzen içinde mevcut olmak için, yani geçerli olmak için başka bir normun belirlediği koşullara uygun olarak konulmalıdır. Kelsen'e göre, bir norm, belirli bir içeriğe sahip olduğu için değil, belirli bir şekilde, son tahlilde, temel normun belirlediği bir şekilde yapıldığı için geçerlidir. İşte sadece ve sadece bu nedenle, bir norm hukuk düzeninin bir parçası haline gelir¹¹⁹. Diğer bir ifadeyle, bir normun geçerliliği başka bir normun geçerliliğinden başka bir temele sahip olamaz. Bir normun geçerliliğini kendisinden aldığı norm, o norma göre *üst*, geçerlilik alan norm ise, geçerliliğini aldığı norma göre *alt* norm niteliğindedir¹²⁰.

Diğer bir anlatımla, başka bir normun geçerliliğini oluşturan norm, o norma göre “üst norm (*norm supérieure*)”dur. Ama bir normun geçerliliğinin temelinin araştırılması sonsuza kadar sürdürülemez. Kaçınılmaz olarak, son ve en yüksek olarak varsayılan bir normda durmak gerekecektir¹²¹. Kelsen bu en yüksek norma “temel norm (*Grundnorm*)” ismini vermektedir¹²².

Kelsen'e göre, bu temel norm, tek ve aynı düzene ait olan bütün normların geçerliliğinin ortak kaynağıdır. Bir normun şu ya da bu düzene ait olması demek onun geçerliliğinin nihaî temelinin bu düzenin temel normu olması demektir. Bu düzene ait bütün normların geçerliliğinin ortak temeli olması itibarıyla, temel norm bu düzendeki çeşitli normların birliğini sağlar¹²³.

118. Conte, “Validità”, *op. cit.*, 422.

119. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.261.

120. *Ibid.*, s.256.

121. *Ibid.*, s.257.

122. *Ibid.*

123. *Ibid.*

2. Ama ya bu temel norm, geçerliliğini nereden almaktadır? O halde şimdi *temel normun geçerliliği sorununu* inceleyelim.

Ama önce Kelsen'in sorunu nasıl ortaya koyduğunu kısaca görelim.

Kelsen şu soruyu sormakla işe başlıyor: Bir ölüm cezasının infazı niçin bir cinayet değildir? Çünkü o, bir bireysel hukuk normu (hüküm) ile emredilmiştir. Ama neden bu bireysel hukuk normu (hüküm) geçerlidir? Yani neden yürürlükteki hukuk düzenine aittir ve uygulanmalıdır¹²⁴? Bu soruya şu yanıt vermek gerekir: “Bireysel hukuk normu (hüküm) ceza kanununun uygulanması sonucu konulmuştur”. Ama o zaman “ceza kanununun geçerliliğinin temeli nedir” diye sorulacaktır. Bu soruya ise şu yanıt verilecektir: “Ceza kanunu geçerlidir; çünkü, yasama organı tarafından kabul edilmiştir ve bir anayasa normu bu organa genel norm koyma yetkisi vermektedir. Olsun: Peki bu anayasanın geçerliliğinin temeli nedir? Bu soruya cevap olarak belki bu anayasanın kendisine göre yapıldığı daha eski bir anayasa gösterilebilir. Ancak bu yolu izleyerek, kendisinden önceki bir anayasaya dayanmayan, önceki anayasanın öngördüğü değiştirme usûllerine göre yapılmamış, devrimci bir tarzda yürürlüğe girmiş devletin tarihsel olarak ilk anayasasına gelinir. Nihayet, bu tarihsel olarak ilk olan anayasanın geçerliliğinin temelini ne olduğu da sorulabilir¹²⁵.

Hans Kelsen'e göre, bir taraftan uluslararası hukukun, diğer taraftan da Tanrı veya Doğa gibi hukuk ötesi bir otoritenin varlığı he-saba katılmazsa, bu soruya verilecek sadece ve sadece bir cevap vardır: *Bu anayasanın geçerli olduğu varsayılmalı, hipotez¹²⁶ olarak kabul edilmelidir¹²⁷.*

124. *Ibid.*, s.264.

125. *Ibid.*, s.264-265.

126. Hipotez kelimesi bakımından, Michel Troper, Charles Eisenmann'ın Fransızca çevirisini eleştirmektedir. Eisenmann'ın Fransızcaya *hypothèse* diye çevirdiği şeyin Almanca *Voraussetzung*'tur. Eisenmann'ın çevirisi bilimsel hipotez ile karışıklığa yol açmıştır. Bu kaçınılmaz bir önvarsayım, bir “önkabal (*présupposé*)”dür. Hukuk bilimi bu önvarsayıma başvurmaksızın, anayasanın geçerli bir norm olduğunu, yani kanunun ve kanunun altında yer alan diğer bütün işlemlerin geçerliliğini kurmaya elverişli bir norm olduğunu açıklayamaz. (Michel Troper, “Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen”, in

O halde, bir hukuk düzeninin temel normu şu şekilde ifade edilebilir:

“Devletin tarihsel olarak ilk olan anayasasının ve bu anayasaya uygun olarak konulmuş normların öngördüğü şekil ve koşullarda cebir işlemleri yapılmalıdır; kısacası, anayasasının öngördüğü şekilde davranılmalıdır”.

Dolayısıyla bu temel normun işlevi, pozitif hukuk düzeninin objektif geçerliliğini kurmaktır¹²⁸.

Kelsen’e göre, temel normun geçerliliği sadece varsayılabilir. Onun geçerliliği daha yüksek bir normdan çıkarılamaz. Onun geçerliliğinin temeli sorgulanamaz¹²⁹. Zira, yukarıda da belirtildiği gibi, bir normun geçerliliğinin araştırılması sonsuza dek devam edemez; kaçınılmaz olarak, son ve en yüksek olduğu varsayılacak olan bir normda durmak gerekir¹³⁰.

Temel norm her ne kadar bir hipotez ise de, Kelsen’e göre, bu hipotez bir normdur. Zira, sadece bir norm, başka bir normun geçerliliğini kurabildiğine göre, bu hipotez kaçınılmaz olarak bir norm olmalıdır. Ama, hukukî otorite tarafından konulmuş bir norm değil, varsayılan bir normdur¹³¹.

Özetle, biçimsel geçerlilik anlayışına göre, eğer bir norm belirli bir hukuk düzeni içinde mevcut ise, yani o hukuk düzenine ait ise, o norm geçerlidir. Diğer bir anlatımla, bir norm, eğer sadece ve sadece bir üst norma ve en son tahlilde temel norma uygun olarak konulmuş ise, geçerlidir.

Alf Ross, Kelsen’i temel normun varsayımsal bir norm olması konusunda eleştirmektedir. Alf Ross’a göre, hukuk bilimi, anayasaya itaati emreden bir temel normu varsayarak görevinin dışına çıkmıştır. Hukuk bilimi artık dünyayı objektif olarak tasvir eden bir bilim de-

Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.117).

127. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.265.

128. *Ibid.*, s.267.

129. *Ibid.*

130. *Ibid.*

131. *Ibid.*, s.265.

ğildir. Dolayısıyla Kelsen ancak bir “pozitivist-benzeri (*quasi-positiviste*)”dir¹³².

Hans Kelsen yaşamının son döneminde temel norm üzerine ikinci bir yorum tarzı daha kabul etmiştir. Bu ikinci yoruma göre, temel normun içeriği yoktur. Anayasaya itaat edilmesini emretmez. O sadece epistemolojik bir ön varsayım (*présupposé*) dır. Bu hangi hukukçu olursa olsun ona gerekli bir ön varsayımdır. Burada bilim sadece bu ön varsayımın varlığını göstermektedir. Bir kanunu hukuk olarak inceleyen her hukukçu bu kanunun geçerli olduğunu peşin olarak kabul eder ve dolayısıyla bu kanunun geçerliliğinin temelini anayasa olduğunu varsayar. Ama anayasanın bu geçerlilik temelini oluşturduğunu kabul etmek için her şeyden önce anayasanın bizatihi geçerli olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla kendi özel metodunu uygulayan ve hukuku hukuk olarak tasvir eden her hukukçu bir temel normu varsayar. Bu anlamda temel norm bir “kurgu (*fiction*)”dur; böyle bir temel normun mevcut olduğu varsayılr. Bu, hukuku hukuk olarak yorumlamak isteniyorsa, kendisine başvurulmaktan kaçınılamayacak olan bir “kurgu”dur¹³³.

Kelsen, kendisinin ölümünden sonra yayınlanan *Allgemeine Theorie der Normen* isimli eserinde şunları yazmıştır:

“Temel norm pozitif bir norm değildir, ama sadece düşünülmüş bir normdur. Burada irade işleminin anlamı gerçek değil, ama kurgusal (*fictif*) dır. Bu anlamda o, gerçek bir kurgudur... Açıkçası, temel normun bir hukuk düzeninin temel normu olarak varsayılmasıdır. ‘Tarihsel olarak ilk olan anayasanın emrettiği şekilde davranılmalıdır’ kuralı hem gerçekliğe aykırı, hem de kendi kendisiyle çelişkilidir; gerçekliğe aykırıdır, zira gerçek bir irade işleminin anlamı olan bu tip hiç bir norm yoktur; kendi kendisiyle çelişkilidir, çünkü yüksek moral veya hukukî bir otoritenin yetkilendirilmesini içermekte ve

132. Bu konuda bkz. Troper, “Un système pur du droit...”, *op. cit.*, s.128. Voir, Alf Ross, “Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *Revista Juridica de Buenos Aires* 1961, IV, s. 46 ve devamından alıntılanan parça, *in* Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s.206). Aynı anlamda Guastini, “Sur la validité de la constitution...”, *op. cit.*, s.222-225. Troper, “Un système pur du droit...”, *op. cit.*, s.128. Alf Ross, “Validity and the conflict between Legal Positivism and Natural Law”, *in* Grzegorzcyk, Michaut et Troper, *op. cit.*, s.206). Keza, Guastini, “Sur la validité de la constitution...”, *op. cit.*, s.222-225.

133. Troper, “Un système pur du droit...”, *op. cit.*, s.128-129.

dahası bu otoritenin üzerinde başka bir otoriteyi –ama sadece kurgusal– de varsaymaktadır... Temel normun amacı şudur: Ahlakî veya hukukî bir emir oluşturan bir normun geçerliliğini kurmak veya ... bunları geçerli normlar olarak yorumlamak”¹³⁴.

BU ÜÇ GEÇERLİLİK ANLAYIŞINDAN HANGİSİ VEYA HANGİLERİYLE HUKUK NORMATIVİNİN GEÇERLİLİĞİ TANIMLANABİLİR?

Üç değişik geçerlilik anlayışını gördükten sonra, şimdi bu anlayışlardan hangisinden veya hangilerinden hareketle hukuk normlarının geçerliliğini tanımlamak gerektiği sorununa gelelim. Diğer bir deyimle, bir norm, hukuk normu olmak için yukarıda gördüğümüz kriterlerden (âdillik, aidiyet ve etkililik) hangi veya hangilerine uygun olmalıdır?

Bu soruya matematiksel olarak yedi değişik yanıt vermek mümkündür.

1. Sadece aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ile;
2. Sadece biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ile;
3. Sadece maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile;
4. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ve biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ile;
5. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ve maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile;
6. Biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ve maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile;
7. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ve biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ve maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile.

Bu kombinezonlardan aksiyolojik geçerlilik anlayışının geçtiği 1, 4, 5 ve 7 numaralı kombinezonları diğerlerinden ayırarak incelemekte yarar var.

1. Sadece aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ile;
4. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ve biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ile;
5. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ve maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile;

134. Kelsen, *Théorie générale des normes*, op. cit., s.344.

7. Aksiyolojik geçerlilik anlayışı (âdillik) ve biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ve maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile.

(1) numaralı kombinezon (*geçerliliğin sadece aksiyolojik geçerlilik anlayışı ile, yani âdillik ile tanımlanması*) tabii hukuk teorisi tarafından savunulmaktadır. Biz bu tezinin doğru olmadığını yukarıda açıklamıştık¹³⁵. Orada, bu anlayışın kriter olarak kabul ettiği âdillik bakımından, “âdil olan” ile “âdil olmayan”ı ayıracak evrensel ve objektif bir ölçütün bulunmadığını göstermiştik.

(4) numaralı kombinezonu (*geçerliliğin aksiyolojik ve biçimsel anlamda tanımlanmasını*) savunan bir akım yoktur. Pozitivistler yukarıda görüldüğü gibi, geçerliliği biçimsel anlamda tanımlamakta, ama onlar da aksiyolojik geçerliliğe, yani âdillığe hiç bir önem atfetmemektedirler. Dolayısıyla onlara göre, *bir normun geçerliliği, onun değerinden (örneğin âdillik) yani onun aksiyolojik geçerliliğinden bağımsızdır*. Dolayısıyla bir norm, âdil olmaksızın geçerli olabilir, yani bir hukuk düzeninde mevcut olabilir. Bir normun geçerliliği araştırılırken onun âdil olup olmadığı sorunu hesaba katılmaz¹³⁶. Zira,

“bir norm, belirli bir içeriğe sahip olduğu için değil..., ama belirli bir tarzda yapıldığı için geçerlidir... Dolayısıyla her hangi bir içerik hukuk olabilir. Özü nedeniyle, hukuk haline getirilemeyecek, bir hukuk normu içeriğine dönüştürülemez insan davranışı yoktur”¹³⁷.

O halde, Kelsen’ci teoriyi kabul ederek, şunu söyleyebiliriz ki, bir normun geçerliliği, onun âdil olup olmamasına, yani onun aksiyolojik geçerliliğine bağlı değildir. Bir norm âdil olmaksızın geçerli olabilir.

(5) numaralı kombinezonu (*geçerliliğin aksiyolojik ve maddî anlamda tanımlanması*) savunan bir akım yoktur. Zira öyle bir kombinezon, bir normun hukuk normu olması için, biçimsel anlamda geçerli olmasını aramaksızın âdil ve etkili ise geçerli olduğunu savunmalıdır. Bilebildiğimiz kadarıyla böyle bir akım mevcut değildir. Gerçi Amerikan ve İskandinav realistleri bir normun geçerli olması

135. *Supra*, s.67 vd.

136. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.267.

137. *Ibid.*, s.262-263.

için etkin olmasını şart koşmaktadırlar. Ama onlar da âdillliği bir geçerlilik koşulu olarak kabul etmemektedirler.

(7) numaralı kombinezonu (*geçerliliğin aksiyolojik, biçimsel ve maddî anlamda tanımlanması*) *post-pozitivistler* savunmaktadırlar. Bu akım bir normun, hukuk normu olarak geçerli olabilmesi için hem âdillik, hem etkililik hem de aidiyet kriterlerine uygun olması gerektiğini savunurlar. Böylece bu üç geçerlilik kriteri, bu üç geçerlilik anlayışı post-pozitivistler tarafından birleştirilmektedir.

Post-pozitivizm, tabîî hukuk, hukukî pozitivizm ve hukukî realizm gibi üç temel teorik akım arasındaki karşıtlıkların sürekliliğini gözlemlemekle işe başlar. Sonra, bu üç akımdan her birinin diğer ikisinin zayıflıkları vurguladıklarını, ama hiçbirisinin rakiplerine karşı baskın gelemediğine işaret eder¹³⁸. 1981 tarihli programatik bir makalede, üç post-pozitivist (A. Aarnio, R. Alexy ve A. Peczenik) şunu saptamaktadırlar:

“Bu doktrinlerden her birinin eksiklikleri artık çok açık hale gelmiştir. Yüzyılın geri kalan kısmı için, hukuk teorisinin amacı, eleştirel tahlil onyıllarından herbirinin zayıflamış olarak çıktığı bu akımlar arasında tercih yapmak değil; ama onların zarar görmemiş yanlarını toplamaktır. İşte hukuk teorisinin görevi, eksiksiz ve toptan bir hukukî kuramın oluşturulmasıdır”¹³⁹.

Örneğin bir post-pozitivist olan Aulis Aarnio, bir normun geçerliliğini şu üç kriterle belirlemektedir: “Sistemik geçerlilik (*validité systématique*)”, “etkililik (*efficacité*)” ve “kabul edilebilirlik (*acceptabilité*)”. Yazar, biçimsel geçerlilik yerine “sistemik geçerlilik (*validité systématique*)”; aksiyolojik geçerlilik yerine de “kabul edilebilirlik (*acceptabilité*)” terimini kullanmaktadır¹⁴⁰. Ona göre, bir normun geçerliliği sadece onun sistemik geçerliliğine ve onun etkililiğine bağlanamaz. Onun kabul edilebilirliğini de hesaba kat-

138. Christophe Grzegorzcyk, “La dimension positiviste des grands courants de la philosophie du droit”, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de-), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.63.

139. Aulis Aarnio, Robert Alexy et Aleksander Peczenik, “The Foundation of Legal Reasoning”, *Rechtstheorie*, 12’den alıntılanan parça, in Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (sous la direction de -), *Le positivisme juridique*, Paris, Bruxelles, L.G.D.J., Story-Scientia, 1992, s.159.

140. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable op. cit.*, s.43.

mak gerekir. Zira, ona ve Peczenik'e göre, bir hukuk sistemi, hiç olmazsa, bazı "asgari ahlakî icaplara (*exigences morales minimales*)" saygı gösteriyorsa, bir hukuk düzenidir¹⁴¹. Aarnio, örnek olarak Hitler ve Pol Pot rejimlerini zikrediyor. "Bu rejimler, diyor, bizi kaçınılmaz olarak hukuk düzeninin kabul edilebilirliği konusunda ciddi sorularla karşı karşıya bırakmaktadırlar. Bazı uç durumlarda, normatif sistem, bütünü itibarıyla, bir hukuk düzeni olmak bakımından reddedilmelidir"¹⁴².

Değerlendirme

Biz aksiyolojik geçerlilik anlayışını, yani bir norm ancak âdilse geçerlidir diyen anlayışı reddediyoruz. İster âdillik tek başına bir kriter olarak ileri sürülsün, ister diğer kriterlerle kombine edilsin bizim için değişen bir şey yoktur. Âdilliğin hiçbir şekilde bir normun hukukî geçerliliği üzerine etkisi yoktur.

Biz aşağıda görüleceği gibi, zaten biçimsel geçerlilik (*tout court* geçerlilik) ile maddî geçerlilik (etkililik) arasında bir ilişki olabileceğini peşin olarak reddetmiyoruz. Bunu biraz sonra inceleyeceğiz. Dolayısıyla post-pozitivistlerden ayrılan yönümüz, kabul edilebilirlik kavramı üzerinedir. Bunlar bir hukuk düzeninde hiç olmazsa minimum bir aksiyolojik geçerlilik aramaktadırlar. Her ne kadar bu adaletin veya ahlakın icapları "minimum" olsalar da, kanımızca, aksiyolojik geçerliliğe, özellikle adalet kavramının belirsizliğine yönelttiğimiz eleştiriler, post-pozitivistlerin bu "kabul edilebilirlik" kavramına da yöneltilebilir.

Bu kombinezonlardan aksiyolojik geçerlilik anlayışının geçtiği 1, 4, 5 ve 7 numaralı kombinezonları böylece inceleme dışı bırakırsak, geriye 2, 3 ve 6 numaralı kombinezonlar kalmaktadır.

2. Sadece biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ile;
3. Sadece maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile;
6. Biçimsel geçerlilik anlayışı (aidiyet) ve maddî geçerlilik anlayışı (etkililik) ile.

Şimdi bu kombinezonları tek tek inceleyelim.

141. *Ibid.*, s.49.

142. *Ibid.*

(2) numaralı önerme, bir hukuk normunun sadece biçimsel geçerlilik anlayışı ile savunulması, yani bir norm bir hukuk düzenine ait ise geçerlidir denmesi esas itibarıyla bir pozitivist cevaptır. Hukukî pozitivism anlayışını biraz yukarıda, biçimsel geçerlilik anlayışını incelerken gördük¹⁴³. Onun için burada tekrar bu akımın açıklanmasına girmiyoruz. Ancak Kelsenci pozitivismın tam olarak bu kombinezonda ifade edilen önermeyi savunmadığını şimdiden belirtelim. Kelsen, hukuk normunun geçerliliğinin asıl itibarıyla onun biçimsel geçerliliği, yani bir hukuk düzenine aidiyeti ile tanımlanabileceğini savunmaktadır. Ancak bir ek koşul olarak maddî geçerlilik anlayışına, yani etkililiğe de yer vermektedir. Bu tezi biraz aşağıda 6 numaralı kombinezonu incelerken açıklayacağız.

(3) numaralı kombinezon, bir hukuk normunun sadece maddî geçerlilik ile tanımlanmasını öngörmekte, bir norm sadece etkili ise geçerlidir demektir. Örneğin Alf Ross'a göre, bir normun geçerliliği onun etkili olmasına bağlıdır. Yani etkililik, bir hukuk normunun geçerliliğinin koşuludur. "Etkililik, diyor Alf Ross, hukukun geçerliliğinden başka bir şey değildir"¹⁴⁴. "Hukuk normlarının geçerliliğinin belirlenmesi söz konusu olduğunda..., önemli olan tek şey mahkemelerce uygulanmadır"¹⁴⁵. Hukukun geçerliliğinin temeli mahkeme kararlarında bulunur. Biz bu tezi daha önce maddî geçerlilik anlayışını incelerken gördük¹⁴⁶. Onun için burada bu tezin açıklanmasına daha fazla girmiyoruz.

Bu (3) numaralı önermeyi kabul etmiyoruz. Çünkü, aşağıda göreceğimiz gibi, biçimsel geçerlilik ile maddî geçerlilik arasında bir ilgi olsa bile, sadece maddî geçerlilik ile bir normun hukukî geçerliliği belirlenemez. Diğer bir ifadeyle, bir normun geçerliliği onun fiili etkililiği ile karışmaz¹⁴⁷. Zira, bir normun geçerliliği bir *Sein* değil *Sollen* oluşturur. Oysa etkililik, o normun fiilen uygulandığını, o norma uyulduğunu veya izlendiğini ifade eden bir *Seindir*. Bir nor-

143. Bkz. *supra*, s.82 vd.

144. Ross, *op. cit.*, s.34.

145. *Ibid.*, s.34-35

146. Bkz. *supra*, s.72 vd.

147. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.286.

mun geçerli olduğunu söylemek, onun fiilen uygulandığını veya izlendiği olgusunu basitçe gözlemlemek değildir¹⁴⁸.

Dahası Kelsen, normların biçimsel geçerliliği ile etkililiğinin *zaman bakımından da* örtüşmediğini gözlemlemektedir. Zira, hukuk normları yürürlüğe daha tamamen etkisiz iken girerler. Bir mahkeme yeni isdar edilen bir kanunu somut bir durumda uyguladığında geçerli bir normu uygulamış olur. Oysa bu norm, henüz etkili hale gelmemiştir¹⁴⁹.

Sonuç olarak Kelsen'in teorisine göre, biçimsel geçerlilik anlayışı doğrudur. O halde bir hukuk normu belirli bir hukuk düzenine ait norm olarak tanımlanır. Bu normun âdilliği veya etkililiği onun tanımını için bir kriter değildir.

Bununla birlikte Kelsen, bir normun *biçimsel geçerliliği ile etkililiği (maddî geçerlilik) arasında belirli bir bağıntı olabileceğini kabul etmektedir*.

Yukarıdaki (6) numaralı kombinezonda ifade edilen önerme, bir normun biçimsel geçerliliği ile maddî geçerliliği arasındaki ilişki sorunu hakkında bir cevap oluşturmaktadır. Bu cevaba göre, normun geçerliliği, o normun hem biçimsel geçerliliğine (aidiyet) ve hem de maddî geçerliliğine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, bir normun geçerli olması için sadece belirli bir hukuk düzenine ait olması yetmez, o norm aynı zamanda etkili olmalı, yani fiilen uygulanmalı ve izlenmelidir.

Bu sorun özellikle, şeklen geçerli, yani bir üst normun öngördüğü usülle yapılmış ama etkili olmayan, yani fiilen uygulanmayan, muhatapları tarafından izlenmeyen normlar için ortaya çıkmaktadır.

Genellikle anayasa normları hakkında böyle sorular sıklıkla sorulur: Örneğin Dmitri Georges Lavroff, Fransız Beşinci Cumhuriyeti için "bir anayasa normu açık ve ağır bir şekilde ihlâl edildiğinde hâlâ değerini korur mu" sorusunu sormaktadır¹⁵⁰. Lavroff'a göre, anayasa normuna tekrar tekrar uymama, anayasa normuyla anayasa pratiği

148. *Ibid.*, s.14-15.

149. *Ibid.*, s.15.

150. Dmitri Georges Lavroff, *Le droit constitutionnel de la Ve République*, Paris, Dalloz, 1995, s.90.

arasında çok büyük bir açıklık, anayasal normun metrukiyetine ve dolayısıyla ortadan kalkmasına yol açar. Örneğin, iktidarın yapısını ve anayasal organlar arasındaki ilişkileri düzenleyen bütün anayasal kuralların ağır bir ihlalinin söz konusu olduğu Fransız Beşinci Cumhuriyeti’nde bu böyledir. Lavroff’a göre, hükümlerin ihlali halinde anayasaya kesin itaati sağlayacak bir aracın olmaması şaşırtıcıdır¹⁵¹.

İşte bu sorun bir normun *biçimsel geçerliliği* ile *etkililiği* (maddî geçerlilik) arasında belirli bir bağıntı olup olamayacağı sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, Kelsen böyle bir bağıntının olabileceği ihtimalini reddetmez.

Ona göre bu bağıntı iki açıdan mevcuttur: Bir kere bir normun biçimsel geçerliliği (artık buna Kelsen’in dediği gibi sadece “geçerlilik”, “*tout court* geçerlilik” diyeceğiz) ile global hukuk düzeninin etkililiği ve diğer yandan normun geçerliliği ile bizzat onun etkililiği arasında bir ilişki olabilir. Birincisiyle başlayalım.

1. Bir Normun Geçerliliği ile Hukuk Düzeninin Etkililiği Arasındaki İlişki

Kelsen’e göre bir normun geçerliliği ile o normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiği arasında bir ilişki vardır. Hukuk düzeni bir bütün olarak *etkililiğini* kaybederse, bu hukuk düzeninde yer alan tüm normlar da *geçerliliğini* kaybederler. Çünkü, hukuk düzeninin normları eğer bu hukuk düzeninde mevcut iseler, yani bu düzenin temel normuna uygun olarak yapılmışlarsa, geçerlidir. Ve bu temel norm yukarıda görüldüğü gibi, kısaca, “anayasaya uyulmalıdır” şeklinde tanımlanmaktadır. Dolayısıyla, hukuk normları bu anayasa *etkili* olduğu ölçüde geçerlidir. O halde, anayasa ve bu anayasa temeli üzerine kurulu olan hukuk düzeni bir bütün olarak etkililiğini kaybeder kaybetmez, bu düzenin normlarından her biri geçerliliklerini yitirirler¹⁵². Diğer bir ifadeyle, bir hukuk düzeni, eğer bu düzenin norm-

151. *Ibid.*

152. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.287. Kelsen, *Théorie générale des normes*, *op.cit.*, s.184. Burada şunu not etmek gerekir ki, hukuk düzeninin normlarından biri ya da birkaçı *etkililiklerini* yitirirlerse, yani artık uygulanmazlarsa, hukuk düzeni *geçerliliğini* yitirmez (Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.287).

ları objektif olarak *esas itibarıyla ve genel bir şekilde* uygulanıyor ise geçerlidir¹⁵³.

2. Bir Normun Geçerliliği ile Bizatihi Bu Normun Asgarî Etkililiği Arasındaki İlişki

Diğer yandan Hans Kelsen, o normun geçerliliği ile bizatihi bu normun etkililiği arasında da belirli bir bağıntının olabileceğini kabul etmektedir.

Ama ilkönce, kısaca Hans Kelsen'in bir normun *etkililiğinden* ne anladığını belirtelim. Kelsen'e göre, belirli bir insan davranışını bir müeyyide sonucuna bağlayan, yani böylece söz konusu insan davranışını bir suç haline getiren bir norm, eğer hukuk düzeninin organları tarafından, özellikle mahkemeler tarafından, somut durumlarda uygulanırsa, yani o normun öngördüğü müeyyideye hükmedilir ve bu müeyyide icra edilirse, veya normun muhatapları kendiliğinden bu norma uyarlırsa, yani muhataplar müeyyidenin uygulanmasını gerektirmeyen davranışları kendiliklerinden gösterirlerse o norm etkilidir¹⁵⁴. Görüldüğü gibi Kelsen'e göre bir norm, ya o normun muhatapları tarafından kendiliğinden uyulduğunda, ya da uyulmadığı durumda resmi makamlarca müeyyide uygulandığında etkilidir.

Kelsen'e göre, bir normun geçerliliği bir ölçüde de olsa o normun etkililiğine bağlıdır. Zira,

“bir norm sadece düzenlediği insan davranışının hiç olmazsa belirli ölçüde bu norma uygun olduğu takdirde objektif olarak geçerli olarak kabul edilir. Hiç uygulanmayan, hiç bir yerde ve hiç bir zaman izlenmeyen bir norm, yani *asgari etkililikten* yararlanmayan bir norm, geçerli bir hukuk normu olarak kabul edilemez. *O halde asgari etkililik, hukuk normlarının geçerliliğinin bir koşuludur*”¹⁵⁵.

Diğer bir ifadeyle Kelsen'e göre, bir norm etkililikten mahrum olarak uzun bir süre kalırsa, artık geçerli bir norm olarak kabul edilemez¹⁵⁶. Altını çizelim ki, burada sadece bir “asgari etkililik (*minimum d'efficacité*)” söz konusudur. Yani Kelsen için, tek başına bir norm, etkili olmadığından, yani bazı hallerde kendisine uyulmadığı

153. *Ibid.*

154. *op. cit.*, s.15.

155. *Ibid.*, s.14-15. İtalikler bize ait.

156. *Ibid.*, s.15.

veya uygulanmadığından dolayı geçerliliğini kaybetmez¹⁵⁷. Tersine, bir normun emrettiği şey ile fiilen olan şey arasında bir karşıtlığın olması kaçınılmazdır. Tabii bir kanuna göre, daha önceden gerçekleşmesi kesin olan, kaçınılmaz olarak gerçekleşecek olan bir şeyi olması gereken (*Sollen*) olarak ortaya koyan bir norm, anlamdan yoksun olacaktır; böyle bir şey geçerli bir norm olarak kabul edilemeyecektir¹⁵⁸.

Dolayısıyla bir normun belirli bir ölçüde etkisiz olması, yani kendisine belirli bir ölçüde uyulmaması kaçınılmaz bir şeydir. Ne var ki, Kelsen'e göre, hiç bir zaman uyulmayan veya uygulanmayan bir norm geçerli değildir. Bir hukuk normu, devamlı bir şekilde uyulmamış ve uygulanmamış olarak kalmasından dolayı fiilen geçerliliğini kaybedebilir. İşte bu "metrukiyet (*désuétude, desuetudo*)" olarak adlandırılan şeydir¹⁵⁹. O halde metrukiyet, *per quam* fonksiyonu mevcut bir hukuk normunun geçerliliğini iptal etmekten ibaret olan, tabiri caizse, bir "negatif örf ve âdet (*coutume negative*)" kuralıdır¹⁶⁰.

Bununla birlikte tekrar belirtelim ki Kelsen'e göre, etkililik geçerliliğin bir koşuludur, ama geçerliliğin kendisi değildir¹⁶¹. Bir normun geçerliliği onun biçimsel geçerliliği ile yani bir hukuk düzenine ait olması ile belirlenir. Eğer bu anlamda geçerli bir norm söz konusu değilse, ortada hukuk biliminin inceleme alanına giren bir şey yoktur. Biçimsel olarak hukuk düzeninin bir parçası haline getirilmedikçe, bir kurala toplumda yüzde yüz itaat edilse de, o kural bir hukuk kuralı değildir; hukuk biliminin inceleme alanına girmez. Ne var ki, bir kural biçimsel olarak geçerliyse, ve eğer o kurala toplumda itaat edilmiyor ve bu durumda da resmi makamlar tarafından öngörülen müeyyide uygulanmıyor yahut uygulanamıyorsa, artık bu norm, her ne kadar belirli bir hukuk düzeninin şeklen bir parçası ise de, Hans Kelsen'e göre geçerliliğini yitirmiştir.

157. *Ibid.*

158. *Ibid.*, s.287-288.

159. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.288; Kelsen, *Théorie générale des normes, op.cit.*, s.185.

160. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.288.

161. *Ibid.*

Sonuç olarak Kelsen'e göre, bir normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiği ve bizatihi bu normun minimum etkililiği, o normun geçerliliğinin koşulları olduğunu söyleyebiliriz.

* * *

Şunun altını önemle çizmek gerekir ki, Kelsen'in teorisinde bir normun hukukî geçerliliğinin *asıl koşulu*, hep onun biçimsel geçerliliği, yani o normun belirli bir hukuk düzenine aidiyetidir. Normun ait olduğu hukuk düzeninin etkililiği ve bizatihi bu normun minimum etkililiği sadece *ek koşullardır*. Diğer bir ifadeyle onlar, geçerliliklerini kaybetmemeleri için hukuk normlarının isdarına ilâve olmaları gereken koşullardır¹⁶². Bu anlamda Kelsen şunları gözlemlemektedir:

“Bir koşul, koşullanan şey ile özdeş olamaz. Örneğin insanlar, dölenmiş olmak, doğmuş olmak koşuluyla hayattadırlar; ama hayatta kalabilmeleri için, başka koşulların da yerine getirilmesi gerekir, meselâ beslenmeleri lâzımdır. Eğer bu koşul yerine gelmezse, yaşamlarını kaybederler. Ama yaşam, ne dünyaya gelmek, ne de beslenmek ile özdeştir”¹⁶³.

Hans Kelsen aynı durumu, *General Theory of Law and State* isimli kitabında da açıklamaktadır. Eğer bir hukuk düzeni global olarak etkililiğini kaybederse, bu düzene ait tek tek her norm geçerliliğini yitirir. O halde, bir bütün olarak hukuk düzeninin etkililiği bu düzenin her normunun geçerliliği için *gerekli* bir koşuldur. Bu bir *conditio sine qua nondur*, ama *contitio per quam* değildir. Global hukuk düzeninin etkililiği, bu düzeni oluşturan normların geçerliliğinin *koşuludur*, ama *nedeni* değildir. Bu normlar, global hukuk düzeni etkili olduğu için değil, ama anayasanın öngördükleri şekilde yapıldıkları için geçerlidirler. Bununla birlikte bu normlar, global hukuk düzeni etkili olduğu sürece geçerlidirler. Sadece anayasanın öngördüğü usûlle iptal edildiklerinde değil, aynı zamanda global hukuk düzeninin etkililiğini kaybetmesi durumunda da geçersiz hale gelir-

162. *Ibid.*, s.15.

163. *Ibid.*, s.287.

ler. Bir hukuk düzeni etkililiğini yitirirse, bu normun parçası olan bir norma insanların uyması gerektiği söylenemez¹⁶⁴.

Şimdi Kelsen'in teorisini izleyerek yukarıda sorduğumuz soruya, yani *bir hukuk normunun geçerli olması için hangi koşulları yerine getirmesi gerektiği sorusuna* cevap verebiliriz. Yukarıda açıklandığı üzere bir norm geçerli olmak için bir *per quam* koşulu, iki tane de *sine qua non* koşulu yerine getirmelidir. *Per quam* koşul yukarıda belirtildiği gibi geçerliliğin asıl koşuludur; diğer iki *sine qua non* koşul geçerliliğin ek koşullarıdır. Biz ilkönce asıl koşulu, sonra ek koşulları göreceğiz.

Kemal Gözler, *Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1999, VIII+320 s. (www.anayasa.gen.tr/angecerliliği.htm) ©. K. Gözler. Her hakkı saklıdır.

164. Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, Translated by par Anders Wedberg, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1946, s.118-119.

Üçüncü Bölüm

ANAYASA NORMLARININ GEÇERLİLİĞİNİN ASIL VE EK KOŞULLARI¹

I. GEÇERLİLİĞİN ASIL (*PER QUAM*) KOŞULU: NORMUN BİÇİMSEL GEÇERLİLİĞİ

Bir hukuk normunun hukukî geçerliliğinin *per quam* koşulu, onun *biçimsel geçerliliği*, yani belirli bir hukuk düzenine aidiyetidir. Yukarıda bir normun biçimsel geçerliliğinin, onun belirli bir hukuk düzenine ait olmasıyla belirlendiğini söylemiştik². Bir norm bir hukuk düzeninde mevcutsa biçimsel olarak geçerlidir. Bunun için ise, o normun kendisinden üst bir normun öngördüğü şekilde yapılmış olması gerekir. O halde bir normun geçerliliğinin *per quam* koşulu, o normun bir üst norma uygun olarak üretilmesi durumunda yerine getirilmiş olmaktadır.

Şimdi bu açıklamanın ışığında, anayasa normlarının geçerliliğinin *per quam* koşulunu araştıralım. Soruyu daha somut olarak şu şekilde de sorabiliriz: Normlar hiyerarşisinde bir normun geçerliliğinin temeli bir üst normdur. Tüzük geçerliliğini kanundan; kanun ise anayasadan almaktadır. Ama ya anayasa normları geçerliliklerini nereden almaktadır?

Bu soruya cevap verebilmek için, anayasa normları arasında bir ayırım yapmak gerekir.

Anayasanın kendi metninde belirtilen değiştirilme usûlüne göre konulmuş anayasa normlarının geçerliliği, anayasanın değiştirilme usûlünü belirleyen maddesidir. Bu usûle uyularak konulan normlar, geçerliliğin *per quam* koşulunu yerine getirmektedirler. Yani bu

-
1. Bu bölüm, *Hukukun Genel Teorisine Giriş* (Ankara, US-A Yayıncılık, 1998) isimli çalışmamızın birinci kısmının üçüncü bölümünde (s.89-99) ulaştığımız sonuçların anayasa normlarının geçerliliği sorununa uygulanmasıyla meydana getirilmiştir.
 2. Bkz. *supra*, s.82 vd.

normların geçerliliğinin temeli kendilerinden önce var olan başka normlardır. Bir norm geçerliliğini bir başka normdan almaktadır. Değiştirilme usûlüyle konulan normlar hukuk düzenine yine, bu düzenin öngördüğü usûl ve organlarca konulmaktadır. Bu tür normlar, biçimsel geçerliliğe sahiptirler, yarı aidiyet şartını yerine getirmektedirler.

Örneğin 1982 Türk Anayasası kendi değiştirilme usûlünü 175'inci maddesinde düzenlemiştir. Türkiye Büyük Millet Meclisinin nitelikli çoğunluğu, 175'inci maddede belirtilen usûle uyarak yeni anayasa normları koyabilmektedir. Mesela 1982 Anayasasının 68'inci maddesinin ilk şeklinin son fıkrası yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanlarının siyasî partilere girmesini yasaklamaktaydı. Türkiye Büyük Millet Meclisinin nitelikli çoğunluğu 175'inci maddede öngörülen usûle uyarak, 23 Temmuz 1995 tarih ve 4121 Sayılı Kanunla 1982 Anayasasının bu öğretim elemanlarının siyasî partilere üye olma yasağını kaldırmış, bu hususun kanunla düzenleneceğini belirtmiştir. Yeni 68'inci madde geçerliliğini kendisinden önceki bir norm olan 175'inci maddeden almaktadır. Bu nedenle, yeni 68'inci madde hukukî geçerliliğin *per quam* koşulunu yerine getirmektedir.

Aynı usûlle bir anayasanın değiştirilmesi yasaklanmış olan maddeleri dışında kalan birçok maddesi değiştirilebilir. Hatta böyle maddeler yoksa, başta sona yeni bir anayasa da yapılabilir. Bu yeni anayasa geçerliliğini önceki anayasanın değiştirilme usûlünü öngören maddesinden alır. Bu durumda yeni anayasa ile önceki anayasa arasında geçerlilik ilişkisi vardır. Dolayısıyla, yeni anayasa geçerliliğin *per quam* koşulunu yerine getirmektedir.

Ancak, kendisinden önceki bir anayasaya dayanmayan birçok anayasa da vardır. Bu tür anayasalar, önceki anayasanın öngördüğü değiştirme usûllerine göre yapılmamışlardır. Bunlar, devrim, hükûmet darbesi gibi olağanüstü olaylar sonucunda yapılmıştır. Bu durumda önceki anayasa ile yeni anayasa arasında geçerlilik ilişkisi yoktur.

Örneğin, 1961 ve 1982 Türk Anayasaları böyledir. Hükûmet darbeleri sonucunda yapılmışlardır. Anayasaların yapılma usûlünde önceki anayasanın öngördüğü usûle uyulmamıştır.

İşte, önceki anayasaya dayanmayan, devrimci bir tarzda yürürlüğe girmiş bir anayasasının geçerliliğinin temeli nedir?

Hans Kelsen'e göre, bir taraftan uluslararası hukukun, diğer taraftan da Tanrı veya Doğa gibi hukuk ötesi bir otoritenin varlığı hesaba katılmazsa, bu soruya verilecek sadece ve sadece bir cevap vardır: *Bu anayasanın geçerli olduğu varsayılmalı; bu anayasanın geçerliliği hipotez³ olarak kabul edilmelidir⁴.*

Yukarıda da açıklandığı gibi⁵, Kelsen'e göre, hukuk normlarının geçerliliklerinin araştırılması sonsuza kadar götürülemez. Kaçınılmaz olarak, son ve en yüksek olarak varsayılan bir normda durmak gerekecektir⁶. Kelsen bu en yüksek norma "temel norm (*Grundnorm*)" ismini vermektedir⁷.

Kelsen'in teorisinde anayasanın kendisi temel norm değildir. Temel norm, bu anayasanın geçerliliğini kuran bir varsayımdır. Temel norm kısaca şu şekilde ifade edilebilir: "Anayasanın öngördüğü şekilde davranılmalıdır".

Bilindiği gibi, Kelsen'in teorisindeki bu temel norm varsayımı şiddetli eleştirilere maruz kalmıştır. Aslında, kanımızca, anayasanın geçerliliğini açıklamak için bu varsayımaya başvurmaya gerek yoktur. Çünkü geçerlilikleri önceki anayasaya dayandırılmayan anayasalar, kendisine aslî kurucu iktidar⁸ dediğimiz ve savaş, devrim veya hükümet darbesi gibi olağanüstü dönemlerde ortaya çıkan ve hukuk-dışı nitelikte olan bir iktidar tarafından yapılmaktadır. Aslî ku-

3. Hipotez kelimesi bakımından, Michel Troper, Charles Eisenmann'ın Fransızca çevirisini eleştirmektedir. Eisenmann'ın Fransızcaya *hypothèse* diye çevirdiği şeyin Almanca *Voraussetzung* 'tur. Eisenmann'ın çevirisi bilimsel hipotez ile karışıklığa yol açmıştır. Bu kaçınılmaz bir ön varsayım, bir "ön-kabul (*présupposé*)"dür. Hukuk bilimi bu ön-kabule başvurmaksızın, anayasanın geçerli bir norm olduğunu, yani kanunun ve kanunun altında yer alan diğer bütün işlemlerin geçerliliğini kurmaya elverişli bir norm olduğunu açıklayamaz. (Michel Troper, "Un système pur du droit: le positivisme de Kelsen", in Pierre Bouretz (sous la direction de-), *La force du droit: panorama des débats contemporains*, Paris, Editions Esprit, 1991, s.117).

4. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.265.

5. Bkz. *supra*, s.85.

6. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.257.

7. *Ibid.*

8. Kurucu iktidar konusunda bkz.: Kemal Gözler, *Kurucu İktidar*, Bursa, Ekin Kitabevi Yayınları, 1998, *passim*.

rucu iktidarın yeni bir anayasa yapmasını belirleyen bir hukuk kuralları mevcut değildir. Zira bu iktidar hukuk boşluğu ortamında çalışır. İşte yeni bir anayasanın temeli aslî kurucu iktidarın iradesidir. Diğer bir ifadeyle, yeni bir anayasa aslî kurucu iktidarı ele geçiren kişi veya kişilerin iradesinin ürünüdür. Örneğin, 1982 Anayasasının temelinde, 12 Eylül 1980 Askerî Müdahalesiyle kurulan, dönemin Genelkurmay Başkanı ve Kuvvet Komutanlarından oluşan Milli Güvenlik Konseyinin iradesi bulunmaktadır. Yani anayasalar geçerliliklerini aslî kurucu iktidarın iradesinden almaktadırlar.

Burada şunu da ifade etmeliyiz ki, anayasanın geçerliliği konusunda bizim savunduğumuz bu görüş, Kelsen'in görüşü gibi *normcu* pozitivist değil, *iradeci* pozitivisttir. Anayasanın geçerliliği bir hukuk normuna değil, fiilî bir iradeye dayanmaktadır. Ancak, anayasa yine beşerî irade tarafından "konulmuş" bir şey, yani "pozitif" bir şeydir. Anayasa altı normların geçerliliği konusunda, kanımızca Kelsen'in savunduğu *normcu* pozitivist görüş doğrudur. Yani bir normun geçerliliğinin temeli yine bir başka normdur⁹.

Sonuç eski bir anayasaya dayandırılmayan anayasa hükümleri, aslî kurucu iktidarın iradesine dayandıkları için geçerlidirler. O halde aslî kurucu iktidar tarafından yapılmış anayasalar hukukî geçerliliğin *per quam* koşulunu yerine getirmektedir.

II. GEÇERLİLİĞİN EK (*SINE QUA NON*) KOŞULLARI

Biçimsel olarak geçerli olan bir normun geçerliliğini kaybetmemesi için iki *sine qua non* koşulu da yerine getirmesi gerekir. Bunlardan birincisi, söz konusu normun ait olduğu global *hukuk düzeninin etkililiği*; ikincisi ise bizatihi bu normun *minimum etkililiği*dir. Şimdi bunları sırasıyla görelim.

Yukarıda belirtildiği gibi, bu koşullar bir hukuk normunun geçerliliğinin *temeli* değil, geçerli olan bir hukuk normunun geçerli kalması için, bu temele eklenen koşullardır. Diğer bir ifadeyle, bunlar *per quam* değil, *sine qua non* koşullardır¹⁰.

9. İradeci ve normcu pozitivism konusunda bkz.: Gözler, *Hukuka Giriş*, *op. cit.*, s.189-192.

10. Pietro Piovani, "Effectività", in *Enciclopedia del diritto*, Varese, Giuffrè editore, 1965, c.XIV, s.427. Keza bkz. Ivanoe Tebaldeschi, "Validità ed efficacia della norma giuridica", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*,

A. GLOBAL HUKUK DÜZENİNİN ETKİLİLİĞİ

Bir normun hukukî geçerliğinin birinci *sine qua non* koşulu, *bu normun ait olduğu global hukuk düzeninin etkililiğidir*. Diğer bir ifadeyle, geçerli olan bir norm, bu geçerliliğini yitirmemesi için, bu normun ait olduğu hukuk düzeni etkili olmalıdır¹¹. Eğer hukuk düzeni *etkililiğini* yitirse, bu düzene ait tüm normlar da *geçerliliğini* yitirir¹². İnsanların etkili olmayan bir hukuk düzenine itaat yükümlülükleri artık yoktur. Gerçekte bu problem çok istisnai durumlarda ortaya çıkar. Örneğin devrimlerden sonra durum böyledir. Aslında bir hukuk düzeninin varlığı bizatihi onun etkililiğine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, bir hukuk düzeni mevcutsa, o zorunlu olarak etkilidir. Etkili olmayan bir normatif düzen bir hukuk düzeni değildir. Bu anlamda Michel Virally haklı olarak şunu yazmaktadır:

“Etkililik sorunu hukuk düzeni için ortaya çıkmaz veya daha ziyade, bu sorun onun varlığı sorunuyla karışır. Bir hukuk düzeni ya etkilidir ya bir hukuk düzeni değildir. Etkililikten mahrum bir norm tasavvur edilebilir..., ama bir hukuk düzeni asla”¹³.

Bir hukuk düzeni, eğer temel normun kendisine uyulmasını emrettiği anayasa etkili ise, yani bu anayasaya uygun olarak konulan normlar genel olarak uygulanıyor ve itaat görüyorlarsa etkilidir. Bir devrim sonucunda eğer bir anayasa etkililiğini yitirse, bu anayasa üzerine kurulu global hukuk düzeni de etkililiğini kaybeder; ve global hukuk düzeni *etkililiğini* kaybederse, bu hukuk düzenine ait bütün normlar da *geçerliliğini* yitirir.

Anayasa Normlarının Geçerliliğinin Koşulu Olarak Global Hukuk Düzeninin Etkililiği

O halde, bir devrim sonucunda, global hukuk düzeni *etkililiğini* yitirse, bu düzene ait olan anayasa normları da *geçerliliklerini* yitirirler. Kısacası, bir devrim ertesinde, anayasa normları bir anayasa hukuku normu olarak geçerli değildirler. Devrimden sonra anayasa normları, ilga edilirler. “Anayasayı ilga (*abrogation de consti-*

n.37, 1960, s.294.

11. Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.286.

12. *Ibid.*, s.287.

13. Virally, *La pensée juridique, op. cit.*, s.140.

tution)''¹⁴, anayasanın tümden yürürlükten kaldırılması demektir. İlgâ edilen anayasanın bir hukukî değeri kalmaz. Ancak, yazarların çoğu, buna bir *istisna* getirilmesi gerektiğinde birleşmektedirler. Bilindiği gibi, adî kanunların yürürlüğü devrimlerden etkilenmez. Bir adî kanun, devrimden sonra bir başka adî kanun ile, açık ya da kapalı bir şekilde ilga edilmedikçe yürürlükte kalır. Yukarıda gördüğümüz gibi¹⁵, anayasalar, devletin temel kuruluşuna ilişkin olmayan hükümler de içerir. Örneğin, anayasalarda yer alan idare ve ceza hukuku ilkelerinin anayasanın kurduğu devlet biçimi ile doğrudan ve zorunlu bir ilgileri yoktur. Anayasaların bu hükümlerinin, adî kanunlar gibi devrimlerden etkilenmeyecekleri kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla bu hükümler, devrimden sonra açık ya da kapalı bir şekilde *ilga edilmedikçe* yürürlükte kalırlar. Ancak devrimle birlikte bu hükümler, anayasal değerlerini yitirirler; bir adî kanun hükmü haline dönüşürler. Yani, bunlar için artık ''anayasanın üstünlüğü'' ilkesi geçerli değildir. Diğer bir ifadeyle, bunlar anayasallık niteliğinden yoksundurlar. Adî kanun koyucu bu hükümleri istediği gibi değiştirebilir. Özetle devrim bu hükümleri *ilga etmemiş*, ama bu hükümleri *anayasa hükmü olmaktan ıkarımış*, teknik terimi ile *anayasasızlaştırmıştır*. İşte buna, ''devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırma (*dconstitutionnalisation par l'effet des rvolutions*)'' denmektedir¹⁶.

Örneğin Fransa'da VIII'inci yıl (1799) Anayasasının, memurların görevleri ile ilgili olarak vermiş oldukları zararlardan yargılabilecekleri hükmü, bu Anayasanın yürürlükten kaldırılmasına ve araya birçok rejimin girmesine rağmen, 1870 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu hükümle ilgili olarak Fransız Yargıtayı, 1821 yılında bu hükmün siyasî düzenle ilgili olmadığına, tamamen idarî nitelikte olduğuna ve bu nedenle de her hangi bir kanun gibi yürürlükte olduğuna karar vermiřtir¹⁷.

14. ''Anayasanın ilgası'' konusunda bkz. Gözler, *Kurucu İktidar, op. cit.*, s.69; Prlot, *op. cit.*, s.180; Esmein, *op. cit.*, c.I, s.620; Laferrire, *Manuel de droit constitutionnel, op. cit.*, s.301; Liet-Veaux, *op. cit.*, s.169.

15. Bkz. *supra*, s.60-61.

16. Bu konuda bkz. Gözler, *Kurucu İktidar, op. cit.*, s.70; Esmein, *op. cit.*, c.I, s.620-21; Laferrire, *op. cit.*, s.303-305; Prlot, *op. cit.*, s.180-81; Liet-Veaux, *op. cit.*, s.169.

17. *C. Cass*, 30 nov. 1821, s.527'den naklen Laferrire, *op. cit.*, s.305. Başka rnekler için bkz. Liet-Veaux, *op. cit.*, s.169; Esmein, *op. cit.*, c.I, s.620.

Devrimlerin etkisiyle anayasasızlaştırmaya bizden de güzel bir örnek verilebilir: 12 Eylül Müdahalesinden sonra, Millî Güvenlik Konseyince kabul edilen 27 Ekim 1980 tarih ve 2324 sayılı “Anayasa Düzeni Hakkında Kanun”, 1961 Anayasasının TBMM ve Cumhurbaşkanına ait yetkileri, Millî Güvenlik Konseyi ve Devlet Başkanına devrediyordu (m.2). Diğer yandan Anayasanın üstünlüğüne son vererek (m.3), Konseyce kabul edilerek yayınlanan ve yayımlanacak olan kanunların, Anayasa hükümlerine uymayanların Anayasayı değiştirmiş olarak yürürlüğe girmiş sayılacağı öngörülmüştü¹⁸.

Sonuç olarak, ülkede bir devrim olmadıkça, anayasa normları, hukukî geçerliliğin birinci *sine qua non* şartını yerine getirmektedirler.

B. BİR NORMUN MİNİMUM ETKİLİLİĞİ

Bir normun hukukî geçerliğinin ikinci *sine qua non* koşulu, bizzat bu normun bir *minimum etkililiği* sahip olmasıdır¹⁹. Bu koşu-

18. Teziç, *Anayasa Hukuku*, *op. cit.*, s.148. Kanunun metni için bkz. Orhan Aldıkaçtı, *Anayasa Hukukumuzun Gelişmesi ve 1961 Anayasası*, İÜHF Yayını, İstanbul, 1982, s.375-76.

19. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.14-15, 287-288. *Karşı görüş*: Guy Héraud’ya göre, hukuk düzeninin her ayrı parçasının geçerliliği sadece biçimsel geçerlilik ile tanımlanır. Buna göre, hukuka uygun olarak konulmuş her norm geçerlidir Guy Héraud, “La validité juridique”, *in Mélanges offerts à Jacques Maury*, Faculté de Droit et de Sciences économiques de Toulouse, Paris, Librairie Dalloz et Sirey, 1960, t.II, s.483). Ona göre, müeyyide hukuk düzeninin *ut siguli* unsurlarına değil, ama *in globo* hukuk düzenine özgüdür (*Ibid.*, s.479). Dolayısıyla Guy Héraud’ya göre, belirli bir normun geçerliliği için, bu ek koşul, yani minimum etkililik gerekli değildir. Diğer bir deyişle, bir hukuk düzenine ait belirli bir norm, bu normun ait olduğu hukuk düzeninin etkili olması şartıyla, bizzat bu norm etkili olmasa dahi geçerli olabilir (*Ibid.*, s.479-484). Aynı yönde keza bkz. Marc Vanquickenborne, “Quelques réflexions sur la notion de validité”, *Archives de philosophie du droit*, 1968, s.191: “Eğer bir kanun mahkemelerde gerektiği gibi uygulanmazsa, geçerliliğini yitirmez, zira onun geçerliliği sadece anayasaya uygunluğunun bir sonucudur. Bu nedenle, bir kanuna yurttaşlar tarafından uyulmaması, o kanunun geçerliliği üzerinde hiçbir etkisi yoktur”. Böylece G. Héraud et M. Vanquickenborne’a göre, geçerlilik ve etkililik kavramları arasında bir bağlantı vardır. Ama, etkililik, ayrı ayrı hukuk normlarının değil, *in globo* hukuk düzeninin bir özelliğidir. Yani bir norm, etkili bir hukuk düzenine ait ise, tek başına etkili olmasa da, bu norm geçerlidir (Héraud, *op. cit.*, s.478-

la göre, belirli bir hukuk düzenine ait bir normun geçerliliğini yitirmemesi için, bizzat bu norm bir minimum etkililiğe sahip olmalı, yani *hiç olmazsa belirli bir noktaya kadar* uygulanmalı ve kendisine itaat edilmelidir²⁰. *Sürekli bir şekilde* etkililikten yoksun kalan bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilemez²¹. Bununla beraber, tek başına ele alınan bir norm, kendisine itaat edilmesi veya uygulanması gereken hallerden *sadece birkaçında* kendisine itaat edilmez veya uygulanmaz ise geçerliliğini sırf bundan dolayı kaybetmez²². Fakat diğer yandan, kendisine *hiçbir zaman* uyulmayan veya *hiçbir zaman* uygulanmayan bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilemez. Başka bir ifadeyle bir norm, geçerli kalmak için *metrukiyete (désuétude)* düşmemelidir²³.

Bir Normun Etkililiği Nasıl Tespit Edilir?- Bir hukuk normunun etkili olup olmadığını anlamanın birden fazla yolu vardır. Örneğin, sadece ve sadece yurttaşların davranışları, bir normun toplumda düzenli olarak izlendiğini gösteriyorsa, yani o norm toplumda fiilen uygulanıyorsa, o normun etkili olduğu düşünülebilir²⁴. Bu anlamda bir norm, resmî makamların uygulamasına ihtiyacı olmaksızın etkili olabilir. Buna karşılık, ikinci bir anlayışa göre, bir norm sadece ve sadece resmî makamlarca ve özellikle mahkemelerce uygulanıyorsa etkilidir. Bu anlamda denilebilir ki, hukuk, iktidar organları tarafından uygulandığında toplumda gerçekleşir²⁵.

Biz burada Kelsen'in etkililik tanımını tercih ediyoruz. Kelsen'e göre bir norm, şu hallerin ikisinde de etkilidir: Ya norm, hukuk düzeninin organları tarafından, yani mahkemeler tarafından,

479: "Bir bütün olarak ele alınan hukuk düzeni için, geçerlilik varlığın eşanlamlısıdır: Bir düzen sadece en büyük güç tarafından destekleniyorsa huku-kîdir". Vanquickenborne, *op. cit.*, s.191: "Ama bütün bir sistemin geçerliliğinin tespiti söz konusu olduğunda, bu geçerliliğin sadece onun etkililiği ile örtüşüğünü kabul etmek gerekir". Sonuç olarak bu yazarların bizim ikinci ek koşulumuzu, yani bir normun minimum etkililiğini gereksiz gördüklerini söyleyebiliriz. Onlar için sadece bir ek koşul vardır: *In globo* hukuk düzeninin etkililiği.

20. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.14-15.

21. *Ibid.*, s.15.

22. *Ibid.*, s.287.

23. *Ibid.*, s.288.

24. Aarnio, *Le rationnel comme raisonnable op. cit.*, s.50.

25. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, s.288.

somut durumlarda uygulanmaktadır; ya da, normun muhatapları tarafından norma, müeyyide uygulanmasına gerek olmaksızın, kendiliğinden uyulmaktadır²⁶. Özetle, bir normun etkililiği, ya somut bir durumda o normun öngördüğü müeyyidenin mahkemelerce uygulanmasından; ya da o norma müeyyide korkusundan dolayı muhatapların kendiliğinden uymasından kaynaklanmaktadır.

O halde, muhatapları tarafından izlenmesi gereken bir durumda, bir normun etkili olması için, bir yandan muhatapların davranışları bu norma uygun olmalı; ve diğer yandan ve son tahlilde, bu norma aykırı davranışlar varsa, onlar mahkemeler tarafından müeyyidelenmelidir. Kısacası, bir norma ya muhatapları *uymalı*, ya da (son tahlilde) bu norm mahkemeler tarafından *uygulanmalıdır*.

Buna göre, bir normun etkililiğini ölçmek için, karşılaştırılacak iki unsur vardır:

1. Norma muhatapları tarafından uyulması gereken hâl sayısı.
2. Muhatapları tarafından norma fiilen uyulan veya mahkemelerce normun uygulandığı hâl sayısı.

Eğer bu iki unsuru karşılaştırsak, normun etkililiğini tespit etmiş oluruz. Bu iki unsurun karşılaştırılması sonucunda üç durum ortaya çıkabilir.

Total Etkisizlik Durumu.- Bu iki unsur arasında hiçbir şekilde bir örtüşmenin bulunmadığı duruma, *total etkisizlik durumu* ismini veriyoruz. Diğer bir ifadeyle, kendisine uyulması veya mahkemelerce uygulanması gereken hallerde, kendisine hiç uyulmayan veya mahkemelerce hiçbir şekilde uygulanmayan bir norm, *total etkisizlik* durumunda bulunur. Bir normun total etkisizliği, onun geçerliliğin kaybettirir. Başka bir anlatımla, herhangi bir etkililikten yararlanmayan norm, *geçerli bir hukuk normu* değildir. Kelsen bunun çok açıkça dile getirmektedir: “Hiçbir yerde ve hiçbir zaman uygulanmayan norm, objektif olarak geçerli bir hukuk normu olarak kabul edilemez”²⁷. “Hiçbir zaman uyulmamış ve uygulanmamış norm, geçerli bir norm olarak kabul edilmez. Fiilen, sürekli bir şekilde

26. *Ibid.*, s.15.

27. *Ibid.*

uyulmamış ve uygulanmamış olmasından dolayı bir norm geçerliliğini yitirebilir”²⁸.

Total etkisizlik durumunda bulunan normları tespit etmek her zaman mümkündür. Uyulması ve uygulanması gereken hallerde bir defa bile uyulmamış veya uygulanmamış bir norm total etkisizlik halinde bulunur. Ve bu halde bulunan normlar, hiçbir şekilde geçerli normlar değildirler.

Total Etkililik Durumu.- Yukarıdaki iki unsur arasında tam bir örtüşmenin bulunduğu duruma, *total etkililik durumu* ismini veriyoruz. Bu durumda, uyulması veya uygulanması gereken her durumda kendisine uyulan veya uygulanan bir norm sözkonusudur. Böyle bir norm, geçerli bir norm olarak kabul edilir²⁹.

Minimum Etkililik Durumu.- Yukarıdaki iki unsur arasında tam bir örtüşme olmamakla birlikte, hiç olmazsa, belirli bir noktaya kadar bir örtüşmenin bulunduğu duruma, *minimum etkililik durumu* ismini veriyoruz.

Hans Kelsen, bir normun geçerli olması için, o normun total etkililiğini gerekli görmemektedir. Ona göre, bir hukuk normu tek başına ele alındığında, uyulması ve uygulanması gereken hallerden *sadece birkaçında* uyulmaz veya uygulanmazsa, o norm geçerliliğini yitirmemektedir³⁰. Diğer bir ifadeyle, Kelsen’e göre, bir normun geçerliliği için, bu normun bir *minimum etkililiğe* sahip olması yeterlidir. Yani geçerli kalmak için, bu norma, hiç olmazsa, *belirli bir noktaya kadar* uyulmalı veya bu norm, mahkemelerce birkaç defa da olsa uygulanmalıdır³¹.

28. *Ibid.*, s.288.

29. Bununla birlikte şunu belirtmek gerekir ki, Kelsen’e göre, böyle bir etkililik norma aykırı davranış *imkânının yokluğundan* kaynaklanmamalıdır. Zira, Kelsen’in teorisinde, “gerçekten bir normun ortada olması için bu norma aykırı davranış imkânının mevcut olması gerekir. Bir doğa yasası gereği önceden gerçekleşeceği bilinen bir olgunun olmasını emreden bir norm, bir doğa yasası gereği gerçekleşmesi imkânsız olana bir şeyi emreden norm kadar anlamsızdır” (Kelsen, *Théorie pure du droit, op. cit.*, s.15).

30. *Ibid.*, s.287.

31. *Ibid.*, s.14-15.

Anayasa Normlarının Minimum Etkililiği

Şimdi bu sonuç ışığında, anayasa normlarının minimum etkililiğini araştıralım.

Geçerli olan bir anayasa normu geçerliliğini kaybetmemesi için etkisizliğe düşmemesi gerekir. Ancak bir anayasa normu, tek başına ele alındığında, sadece belirli bir sayıda uygulanmamışsa, geçerliliğini kaybetmez³². Diğer bir ifadeyle bir anayasa normunun geçerli olması için, bir *minimum etkililiğe* sahip olması, yani *hiç olmazsa belirli bir noktaya kadar* uygulanması yeterlidir.

Yukarıdaki açıklamaları izleyerek, uygulanması gereken hallerin hiçbirinde uygulanmayan bir anayasa normunun *total etkisizlik* içinde bulunduğunu söyleyebiliriz. Total etkisizlik içinde bulunan bir anayasa normu, *geçerli bir hukuk normu olarak kabul edilemez*. Bir anayasa normunun bütünüyle etkisizliği, bu normun geçerliliği ile bağdaşmaz. Kelsen'in terimlerini kullanarak, *hiçbir yerde ve hiçbir zaman* uygulanmamış ve kendisine uyulmamış olan bir anayasa normunun objektif olarak geçerli bir hukuk normu olarak kabul edilemeyeceğini söyleyebiliriz³³. Etkililikten *sürekli bir şekilde* mahrum bulunan bir anayasa normu geçerli bir norm olarak telakki edilemez³⁴. Diğer bir ifadeyle, hiçbir zaman uygulanmamış ve kendisine uyulmamış anayasa hükmü geçerli bir norm olarak görülmez. Gerçekten de böyle bir hüküm, *sürekli bir şekilde* uygulanmamaktan dolayı geçerliliğini yitirir³⁵. Diğer bir ifadeyle, bir anayasa normu geçerli kalması için metrukiyete düşmemelidir.

Anayasa Hükümlerinin Etkisizliğe Düşmemesi İçin Gereken Şartlar.- Şimdi, bir anayasa hükmünün etkisizliğe düşmemesi için gereken şartları görelim.

Yukarıdaki açıklamalarımız ışığında şunları söyleyebiliriz:

Bir anayasa normunun etkili olması için, o norma muhataplarının uyması gerekir. Eğer normun muhatapları, norma uymuyorlarsa, norm mahkemeler tarafından uygulanmalıdır.

32. *Ibid.*, s.287. Kelsen bunu genel olarak hukuk normları için söylüyor.

33. *Cf. Ibid.*, s.15.

34. *Cf. Ibid.*

35. *Cf. Ibid.*, s.288.

Böylece bu noktada realist teori ele aynı sonuca geliyoruz. Anayasa normları geçerli olmak için etkili olmalıdırlar. Yani normun muhatapları bu norma uymalı yada uydurulmalıdırlar. Dolayısıyla normun etkililiğinin doğrulanması, onun mahkemeler tarafından uygulanması ile olmaktadır.

Ancak, birçok anayasa normunun muhataplarının, yasama organı, yürütme organı (cumhurbaşkanı, başbakan, bakanlar kurulu, vs.) olduğu hatırlanırsa, anayasa normlarının sıradan mahkemeler tarafından muhataplarına zorla uygulattırılması, yani anayasa normlarının müeyyidelendirilmesinin oldukça zor olduğu ortaya çıkar. Özellikle, yasam organı, mahkemelerin uyguladıkları kanunları yaptığına göre, sıradan mahkemeler tarafından anayasa normlarına saygılı davranmaya zorlanmaları imkanı kısıtlıdır. Bu noktada yasama organının yaptığı kanunların anayasaya uygunluğunun denetimi sorunu ortaya çıkmaktadır. Bir ülkede kanunlar anayasaya uygunluğunun denetimi sistemi varsa, anayasa normlarının hiç olmazsa minimum bir etkilikten yararlanabileceklerini söyleyebiliriz. Böyle bir sistemde yasama organı, anayasa normlarına uymadığı takdirde, çıkardığı kanunlar, anayasa yargısı organı tarafından iptal edilebilecektir. Bu durumda ise anayasa hükümlerinin total etkisizliğe düşmeyeceklerini, bir minimum etkililikten yararlanacaklarını söyleyebiliriz.

Buna karşılık, kanunların anayasa uygunluğu denetiminin gelişmediği ülkelerde, anayasa normlarının total etkisizliğe düşme *riskini*³⁶ taşıdığını söyleyebiliriz. Zira, bir anayasallık denetimiyle görevli bir organ olamadığına göre, anayasa normlarına uyup uymamak yasama organının takdirine kalmıştır.

Sonuç olarak kanunların anayasaya uygunluk denetiminin var olmasının anayasa normlarının minimum geçerliliği için hayati bir şart olduğunu söyleyebiliriz.

36. Bu kelimenin altını çiziyoruz. Çünkü, kanunların anayasaya uygunluğu denetimini yoksa, anayasa normlarının her halükarda etkisizlik içine düşeceklerini söyleyemeyiz. Zira, bir kere bir norm, bir mahkeme tarafından uygulanmasa da, muhatapı tarafından gönüllü olarak uygulanabilir. Diğer yandan anayasa normlarının etkililiğini sağlamak için kanunların ısdarının devlet başkanı tarafından reddi, devlet başkanının yüksek ihanetten dolayı sorumluluğu gibi değişik müeyyideler tasavvur edilebilir.

SONUÇ

Özetle, şimdiye kadar bir işlemin anayasa hukuku normu olarak geçerli olması için, bir kere maddî olarak var olması, ikinci olarak normatif, üçüncü olarak hukukî ve dördüncü olarak anayasal nitelikte olması gerektiğini söyledik. Bu dört koşul, yani *maddî varlık*, *normatiflik*, *hukukîlik* ve *anayasallık* koşulları, hukukî geçerliliğin önkoşullarıdır.

I. Belirli bir anayasanın metninde yer alan hükümler, bu dört önkoşulu yerine getirmektedirler.

1. Bir kere, anayasa metninde yer alan bir hükmün *maddî varlığı* vardır. Bu hükmün maddî varlığı, Resmî Gazeteye, yani hükûmet adına basılan bir dergiye bakılarak kolayca ihdas edilebilir.

2. İkinci olarak, anayasanın metninde yer alan hükümler, *normatif* niteliktedir; yani bir şeyi emreder, yasaklar veya bir şeye izin veriler. Bu emrin, iznin veya yasağın konusu, beşerî bir davranıştır. Bu emri veya izni veren ve yahut yasağı koyan da beşerî iradedir.

3. Üçüncü olarak, anayasanın metninde bulunan normatif nitelikteki hüküm, ahlakî, dinî vs. nitelikte değil, *hukukî* niteliktedir. Zira, anayasanın hükümleri, anayasanın ait olduğu normatif düzene aittirler. Bu düzen ise bir hukuk düzenidir.

4. Dördüncü olarak, anayasanın metninde bulunan normatif ve hukukî nitelikte olan hüküm, *anayasallık* özelliğine de sahiptir. Zira şeklî kriterlere göre, içeriği ne olursa olsun, normlar hiyerarşisinin en üst basamağında yer alan ve kanunlardan daha zor değiştirilebilen her hüküm anayasal niteliktedir.

Bu dört koşul geçerliliğin önkoşullarıdır. Geçerliliğin başka koşulları da vardır.

II. Geçerliliğin *asil (per quam) koşulu*, anayasa normunun biçimsel geçerliliği, yani onun belirli bir hukuk düzenine aidiyetidir. Anayasa normları, bu koşulu yerine getirmektedir; zira onlar içinde buldukları anayasa metninin ait olduğu hukuk düzeninin bir parçasıdır.

III. Geçerliliğin iki adet *ek (sine qua non) koşulu* da vardır. Bunlar, bir anayasa normunun geçerli olması için değil, geçerli olan bir anayasa normunun geçerliliğini kaybetmemesi için gereklidir.

1. Bir anayasa normunun geçerliliğinin birinci *sine qua non* koşulu, bu normun ait olduğu *hukuk düzeninin etkililiği*dir. Diğer bir ifadeyle, bir geçerli anayasa normu, geçerliliğini yitirmemesi için bu normun ait olduğu hukuk düzeni etkili olmalıdır. Devrim sonrası hukuk düzeni *etkililiğini* kaybeder; dolayısıyla bu düzenin bir parçası olan anayasa normları da *geçerliliklerini* kaybetmektedirler. Ancak ülkede bir devrim olmadıkça, anayasa normları geçerliliğini bu birinci *sine qua non* şartını yerine getirmektedirler.

2. Bir anayasa normunun geçerliliğinin ikinci *sine qua non* koşulu, bizatihi bu normun, bir *minimum etkililiğe* sahip olmasıdır. Diğer bir ifadeyle, geçerli olan bir anayasa normu, geçerliliğini kaybetmemesi için bizatihi minimum bir etkililiğe sahip olmalıdır. Anayasa metninde yer alan ama hiç uygulanmayan bir hüküm total etkisizlik içinde bulunur. Böyle bir hüküm, geçerli bir hukuk normu olarak kabul edilmez. Bununla birlikte, bir anayasa normunun geçerli olması için mutlak etkililiği de aranmamaktadır. Ancak hiç olmazsa belirli bir noktaya kadar etkili olmalıdır. Anayasa normlarını minimum etkililiği için ülkede kanunların anayasaya uygunluk denetiminin varlığı hayati bir önem taşır. Böyle bir denetimin olmadığı ülkelerde, anayasa normlarının etkisizliğe düşmesi ve dolayısıyla geçerliliklerini kaybetme riski vardır.

Bu sonuçları şematik olarak şu şekilde özetleyebiliriz.

BİR İŞLEMİN ANAYASA HUKUKU NORMU OLARAK GEÇERLİLİĞİNİN KOŞULLARI:

I. ÖN KOŞULLAR

1. Maddî varlık
2. Normatiflik
3. Hukukîlik
4. Anayasallık

II. ASIL KOŞUL (*Conditio Per Quam*): Biçimsel Geçerlilik (Aidiyet)

III. EK KOŞULLAR (*Conditio Sine Qua Non*)

1. Hukuk Düzeninin Etkililiği
2. Normun Minimum Etkililiği